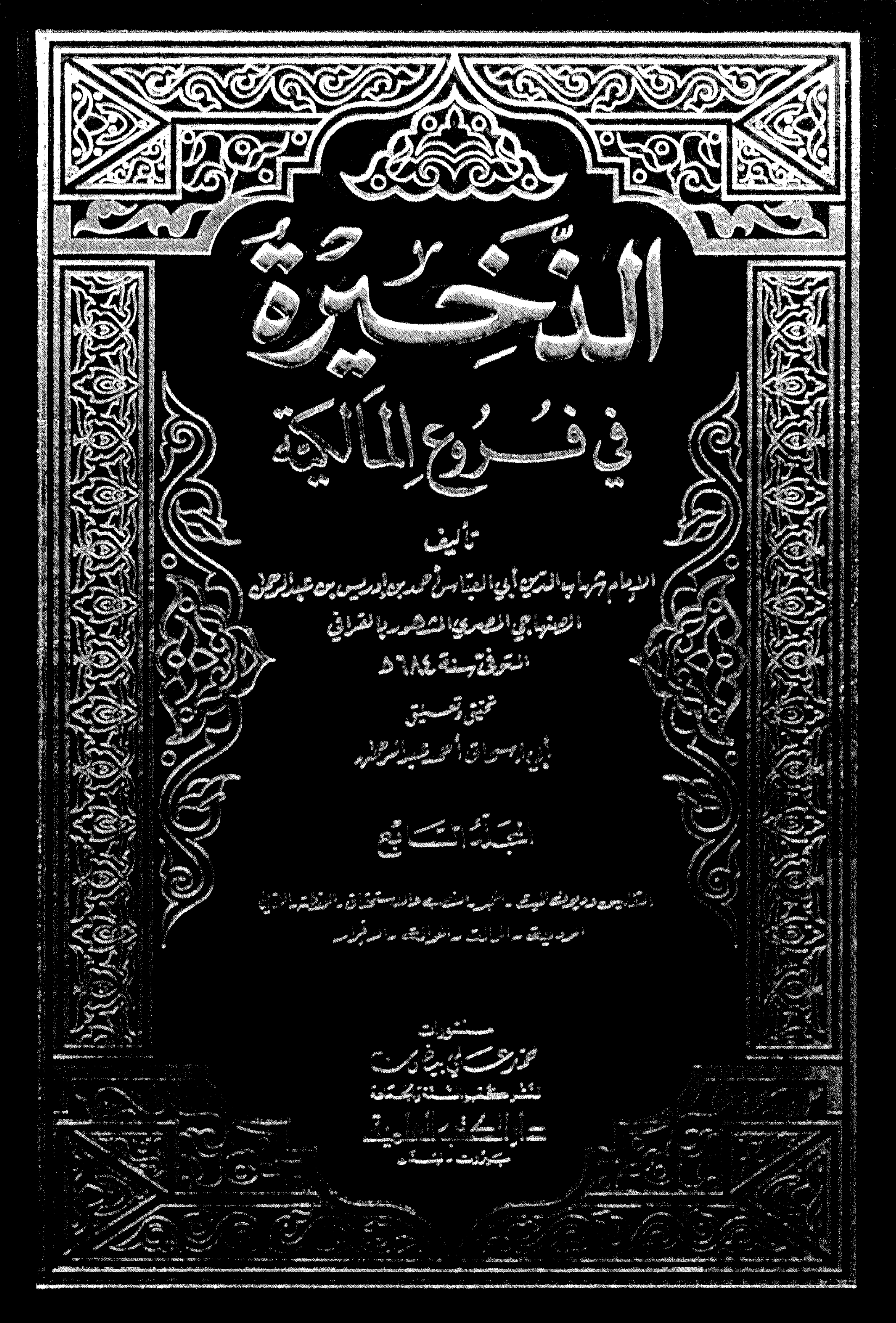


الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤ هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

المجلد السابع

التفليس وديون الميت . الحجر . الصلح . الاستحقاق . الوكالة . الشركة
الوديعة . العارية . الحوالة . الإقرار

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)







الذخيرة في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤هـ

تحقيق وتعليق

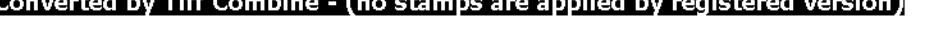
أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

التفليس وديون الميت - الحجر - الغصب والاستحقاق - اللقطة - اللقيط
الوديعة - الحمالة - الحوالة - الإقرار

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان





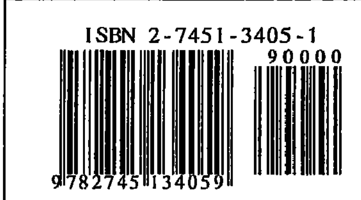
الطبعة الأولى
١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان
رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ ـ ١١ بيروت ـ لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3405-1



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب التفليس

وديون الميت

وفيه نظران:

النظر الأول: في «التفليس» وهو مشتق من الفلوس التى هى أحط النقود؛ كأن الإنسان لم يترك له شيئا ليتصرف فيه إلا التافه من ماله.

«والمديان»: من الدين، أى: الطاعة. دان له: إذا طاع، وفى الحديث: «الكَيِّسُ مَنْ دَانَ نَفْسَهُ...»(1) أى: أذلها، والدين مذلة، والدين: ما له أجل. والقرض: ما لا أجل له ثم استعمل فى الجميع، قاله صاحب التنبيهات.

ويتمهد هذا النظر بتخليص السبب وأحكامه:

القسم الأول: السبب:

وفي «الجواهر»: هو التماس الغرماء أو بعضهم الحجر فى الديون الحالة الزائدة على قدر مال المديان، وأصله ما فى مسلم: أصيب رجل على عهد رسول الله ﷺ فى ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاء دَيْنِه» فقال رسول الله ﷺ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُم فَلَيْسَ لَكُم إلا ذَلِكَ».(2)

ولم يزد ﷺ على خلع ماله لهم، ولم يحبسه، ولم يبعه، ولم يستسعه، خلافًا لابن حنبل فى استسعائه ولقوله - تعالى -: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. وقال شريح: يحبس.

والآية إنما وردت عنده فى الربا، ولو كان كذلك لقال - تعالى -: «ذا عسرة» بالنصب حتى يعود الضمير على المرابى، وما قرئ إلا بالرفع، أى: إن وجد ذو عسرة، وإنما قطع الكلام عما قبله حتى لا يختص الكلام بأحد.

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ٢٤)، والطبرانى فى الكبير (٧/ ٣٣٨، ٣٤١)، وفى الصغير (٢/ ٣٦)، والحاكم فى المستدرك (١/ ٥٧) (٤/ ٢٥١)، وابن المبارك (٥٦)، والبيهقى (٣/ ٣٦٩)، وأبو نعيم فى الحلية (١/ ٢٦٧) (٨/ ١٧٤)، والخطيب فى التاريخ (١٢/ ٥٠)

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١) فى المساقاة: باب استحباب الوضع من الدين (١٨٠/ ١٥٥٦) وأبو داود (٣/ ٢٧٦) فى كتاب البيوع: باب فى وضع الجائحة (٣٤٦٩)، وأخرجه الترمذى (٣/ ٤٤) فى الزكاة: باب ما جاء فيمن تحل له الصدقة (٦٥٥)، وقال: حديث حسن صحيح. والنسائى (٧/ ٢٦٤ - ٢٦٥) فى البيوع: باب وضع الجوائح. وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) فى الأحكام: باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه (٢٣٥٦).

وعن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أن رجلًا من جهينة كان يشترى الرواحل فيغلى بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس، فقام عمر فقال: «أما بعدُ: إن الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، وإنه ادَّان معرضًا فأصبح وقد رين به، فمن كان له عليه دين فليأتنا حتى نقسم ماله بين غرمائه بالغد، وإياكم والدين؛ فإن أوله هم وآخره حربٌ»(١).

فوائد عشر:

الأولى: أن الأسيفع من السفع الذى هو التغير، و منه: قوله - تعالى -: ﴿لَنَسْفَعًا بِالنَّاصِيَةِ﴾ [العلق: ١٥].

أى: لنغيرنها بالنار، فإما أن يكون متغير اللون، أو سمى بذلك لتغير حاله بالدَّين، مجاز تشبيه.

- الثانية: قوله: «رضى من دينه وأمانته» إشارة إلى ما كان يتعمده من الرياء وتضييع ماله عليه فيفسد دينه وأمانته بتضييع أموال الناس.

- الثالثة: قوله: «ادَّان معرضًا» أى: أخذ الدين غير عازم على الوفاء معرضًا عنه، فلذلك كان لا يبالى فى مغالاة الرواحل.

- الرابعة: قوله: «رين به» الرين: التغطية، ومنه: قوله - تعالى -: ﴿كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَىٰ قُلُوبِهِم مَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [المطففين: ١٤] أى: غطى قلوبهم كسبهم السيىء عن سماع الحق، وهذا غطاه دينه، فالهاء فى قوله «به» عائدة على الدين أى: غطى الدين ماله.

- الخامسة: أنه يدل على النهى عن التفخم فى الدين.

- السادسة: يدل على مشروعية الحجر للإمام وإشهار أمره.

- السابعة: يدل على قسمة المال بعد الانتظار لقوله «فى غد».

- الثامنة: يدل على التسوية بين الغرماء؛ لأنه طلب اجتماعهم.

- التاسعة: يدل على خلع المال لهم.

- العاشرة: يدل على أنه لا يزاد لهم على ذلك؛ لأنه لو زاد لنقل، ولم يظهر مخالف [فكان ذلك إجماعًا](٢).

قال صاحب المقدمات: من ادَّان فى مباح معتقدًا أن ذمته تفى بما ادَّان به فغلبه

(١) منقطع. أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٧٠) حديث (٨).

(٢) فى ط: وكان إجماعًا.

الدين حتى توفى، فعلى الإمام توفيته من بيت مال المسلمين أو سهم الغارمين من الصدقات كلها إن رأى ذلك، على مذهب مالك، ومن رأى أنَّ له جعل الزكاة كلها فى صنف واحد أجزأته.

وقيل: لا يوفيه من الزكاة ويؤديه من الفىء.

فرع: قال: والوصية بالدين واجبة، فإن فعل وترك وفاء، لا يحبس عن الجنة لأجل الدين، أو لم يترك وفاء وأداه الإمام، فإن لم يؤده فالإمام المسئول عن ذلك، ولا يحبس المدين عن الجنة إذا لم يقدر على أدائه فى حياته وأوصى به.

والأحاديث الواردة فى الحبس دون الجنة بالدين منسوخة بما جعله الله -تعالى- من قضاء الدين على السلطان وكان ذلك قبل أن تفتح الفتوحات.

فرع: قال: المعسر لا يحبس ولا يؤاجر ولا يستخدم ولا يستعمل كان عبدًا مأذونًا أو غير مأذون أو حرًا.

وقال (ح): له ملازمته ولا يمنعه من الاكتساب، فإذا رجع إلى بيته، إن أذن له فى الدخول دخل، وإلا فلا؛ ليتوصل بذلك للاطلاع على كسبه.

وقال ابن حنبل: يؤاجر؛ لأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى العقود.

وجواب الأول: أن ظاهر قوله - تعالى -: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ يقتضى سقوط المطالبة، والأصل عدم مشروعية هذا التضييق وعدم سببه.

و[جواب][1] الثانى: الفرق بأنها لا يجب بها الحج ولا الزكاة و لاالتكفير ووافقنا (ش) وابن حنبل.

فرع: قال: الغرماء ثلاثة: غنى: مطله حرام لقوله ﷺ: «مَطْلُ الغنى ظلم»[2].

ومعسر: وهو أعسر من المعدم[3]؛ فكل معدم معسر من غير عكس، فالمعسر: الذى ليس بمعدم - من يضره تعجيل القضاء - فتأخيره مندوب، ومطله وهو مجتهد فى الأداء غير حرام، قاله شيوخ قرطبة. وقالوا لا يلزم بيع عروضه وعقاره فى الحال، تدل الروايات بخلاف ما أفتى به فقهاء الأندلس من التوكيل عليه وإلزامه تعجيل البيع.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٤٦٤) فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة (٢٢٨٧)، ومسلم (٣/ ١١٩٧) فى المساقاة: باب تحريم مطل الغنى (٣٣/ ١٥٦٤)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٧٤) فى كتاب البيوع: باب جاء مع الدين (٨٤).

(٣) فى ط: العدم.

والمعسر المعدم يجب إنظاره.

فرع: قال: الغريمُ محمول على الأداء حتى يتبين عدمه فى دين المعاوضة وغيره؛ لأن الغالب على الناس التكسب والتحصيل، ويجرى عندى فى الدين الذى لم يأخذ له عوضًا خلاف من مسألة الغائب عن امرأته ثم تطلبه بالنفقة.

فرع: قال: من أحاط الدين بماله، حرمت هبته وصدقته وعتقه، ورد إقراره لمن يتهم عليه، ويجوز بيعه وشراؤه حتى يحجر عليه، وكذلك الإنفاق على امرأته ومن يلزمه الإنفاق عليه، ويتزوج من ماله ما لم يحجر عليه فيه، ولا يصالح عن جناية قصاص مما بيده، بخلاف الخطأ والعمد الذى ليس فيه قصاص، وتبرعاته جائزة إن شك فى استغراق الدين حتى تعلم إحاطته. وقال (ش): التبرعات نافذة حتى يحجر عليه.

لنا: أنه يضيع على الغرماء المال المتعين لهم فيمتنع؛ كالتصرف فى الرهن.

وفى النوادر: عن مالك: إذا تصدق و أعتق ثم أنكر الغرماء فعله بعد مدة: فإن ثبت أنه حين الصدقة لا وفاء عنده، فلهم ذلك إلا أن يكونوا علموا بالصدقة، وإن كان فيها فضلٌ، لم يرد الفضل ولا يرد العتق إن طال زمانه ووارث الأحرار وجازت شهادته؛ لتعلق الحقوق به، ولا يسمع إقراره بإسقاط أمته منه إلا ببينةٍ من النساء أو تفسير ذلك قبل دعواه.

قال ابن القاسم: والمهر المؤجل القريب والبعيد يحيط بماله، يمنع العتق والتبرع؛ كسائر الديون. ولو أعتق عبدًا فيه فضل عن دينه ثم داين، رد للأولين بقدر الذى لهم ويدخل معهم الغرماء الآخرون ولا يباع شىء آخر، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إذا حاص الآخرون مع الأولين، بيع للأولين ثانية بقدر ما نقصهم الآخرون، ثم يدخل فى ذلك الآخرون، وهكذا حتى يباع العبد كله، وإحاطة الدين يمنع من تحمل الحمالة، كصدقته ولا فيما بينه وبين الله.

فرع: فى الجواهر: لا يكلف الغرماء حجة على عدم غريمهم ويقول على أنه لو كان لظهر مع استفاضة الحجر، ويكفى طلب البعض للحجر، وإن كره الآخرون، وقاله ابن حنبل، و (ش)، خلافًا (ح).

فرع: قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قام صاحبُ الدين الحال دون صاحب المؤجل بطلب التفليس وبيد المطلوب كفاف الحال؛ فلس حتى يكون بيده فضلة عنه؛ لأن من حق المؤجل إذا لم يجد فضلة أن يقول: خربت الذمة.

قال التونسي: يريد بـ «الفضلة»: ما يمكن المعاملة به ويؤدى ما عليه منه.

قال اللخمى: إذا كان ما فى يديه كفافًا لمن حلّ دينه وله مؤجل مثل المؤجل الذى عليه فى العدد والأجل على موسر أو يحل دينه قبله أو بعده وهو أكثر عددًا فإن بيع الآن وفى وأجل دينه قبل وهو أقل، ويرجى بعد قبضه، والتَّجْر به أن يوفّى ما عليه لم يفلس، والمعروف من المذهب: إذا كان ماله وفاء بجميع دينه، لم يفلس وإلا فلس.

وفى الموازية: إن كان ما فى يديه أكثر من حق من حل فيه، لم يفلس، وليس يحبس، وإذا ظهر منه إتلاف وخشى صاحب المؤجل ألا يجد عند الأجل شيئًا، فله الحجر عليه ويحل دينه إلا أن يضمن له أو يجد ثقة يتجر فيه ويحال بينه وبينه.

فرع: قال الطرطوشى: إن كان غائبًا وله مال حاضر، فعن مالك يفلس، رواه ابن وهب ومطرف. وروى ابن القاسم: إن قربت غيبته، كتب إليه وكشف عن أمره؛ ليظهر ملاؤه من عدمه، والبعيد الغيبة إن جهل حاله، قال ابن القاسم لا يفلس؛ لعدم تعين الضرر؛ لأنه لا يدرى ما حدث عليه.

وقال أشهب: يفلس، وبمذهبنا قال (ش).

وقال (ح): لا يحجر عليه، وإن حجر عليه لم ينفذ حجره؛ لأن الغائب له حجته.

لنا: أن ضرر الغرماء قد ظهر فيعمل به؛ كسائر الظواهر.

وفى النوادر: إذا قال رجل للغائب: عندى هذا المال، قضى الحاكم الغرماء منه، قاله سحنون؛ مؤاخذة له بإقراره، ولو كان حاضرًا ما تمكن من رد هذا الإقرار لحق الغرماء فيه.

فرع: قال فى الجواهر: قال مالك: إذا قام غرماؤه فمكنهم من ماله فباعوه وقسموه ثم داين آخرين، لا يدخل الأولون معهم، وتمكنه كتفليس السلطان، ولو قاموا فلم يجدوا معه شيئًا فتركوه فداينه آخرون، ليس هذا تفليسًا ويتحاص الأولون والآخرون بخلاف تفليس السلطان؛ لأنه يبلغ من الكشف ما لا يبلغه الغرماء.

قال: ولو علمت بلوغهم كشف السلطان رأيته تفليسًا.

فرع: قال ابن القاسم: إذا قال لك فى دينك الحال: أنظرنى إلى الصوم، فقلت: أنظرك إلى أن يتهيأ لك، فإن أشهدت له بذلك لزمك، وإلا فتحلف ما أردت إلا أنه

يتهيأ له ما بينه وبين الصوم.

قال أصبغ: وليس لك قبل الصوم طلب إذا لم يتهيأ له بغير موته من بيع عقار ونحوه وإنما استنظرك مخافة ذلك، وإذا حل الصوم أخذته به وحلفت. وأما التأخير المبهم إلى أن يتهيأ، فإلى زمن التهيؤ إلا أن يكون ثم بساط فى التأخير لزمن معين فلا يتجاوز.

وأما أحكامه فعشرة:

الحكم الأول: جمع ماله وبيعه.

وفى الكتاب: من قام بدين على غائب ولعله كثير المداينة لغير من حضر، بيع عرضه لمن حضر، وليس كالميت فى الاستيناء؛ لاجتماع من يطرأ من غرمائه لبقاء ذمة هذا دون الميت، قاله مالك.

وقال غيره: يستأنى كالميت إن كان معروفًا بالدين؛ لتوقع الضرر على الغائب من الغرماء فيهما.

قال التونسى: قريب الغيبة لا يفلس، وبعيدها - مجهول الملاء ومعروفها - لا يفلس عند ابن القاسم.

ولا يحل المؤجل من دينه، ويأخذ من حل دينه ما حضر، ويحاص فيه إن لم يف بالمؤجل، ولا يكون واجد سلعته أحق بها؛ لأن الأصل عدم التفليس.

وقال أشهب: يفلس كالحاضر الغائب ماله.

قال أصبغ: ويكتب تفليسه حيث هو، قال: وفيه نظر؛ لأن أشهب إنما فلّسه لإمكان تلف المال، فإذا وصل إليه فكيف يحل عليه بقية المؤجل، وقد ذهبت العلة.

قال ابن يونس: تباع داره وخادمه وسرجه وسلاحه، ولا تباع ثياب جسده دون ثوبى جمعته إن كانت لهما قيمة وإلا فلا، ويباع سريره وسيفه ورمحه ومصحفه دون كتب العلم فى دين الميت، والوارث وغيره فيها سواء ممن هو لها أهل، قاله سحنون. وخالفه أبو محمد وغيره؛ لأنها أعيان مقصودة بالأعواض كسائر المتمولات ولم تتمحض للقرب؛ كالمساجد والربط.

قال صاحب المقدمات: ولم يختلف فى جواز بيع المصحف بخلاف كتب العلم.

قال ابن يونس: وليس لغرماء المفلس أن يؤاجروا أم ولده ويؤاجروا مدبره ويبيعوا كتابة مكاتبه لقبول ذلك للمعاوضة وهى فى حوزه، ولا يجبر على اعتصار ما وهب لولده، ولا أخذ شفعته ولا قبول هبته؛ لقوله - عليه السلام - فى حديث معاذ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُم لَيْسَ لكم إلا ذلك[١]».

وإذا اشترى أباه، بيع فى الدين؛ لأن الدين مقدم على العتق وبر الوالدين، بخلاف لو وهب له لانخرام مقصود الواهب بخلاف البائع إلا أن يجهل الواهب أنه أبوه فيباع لعدم قصده العتق.

وفى النوادر: الميراث كالشراء يباع أيضًا، ولو دبر ولد أمته الصغير ثم استدان وفلس، لا تباع الأمة؛ للتفرقة، ولكن تخارج ويأخذ الغرماء خراجها إلى مبلغ حد التفرقة فتباع و يباع منها بقدر الدين إلا أن يموت السيد قبل ذلك فتباع الأمة إن وفت الدين، ويعتق ثلث المدبر، وإن وَفَّى بعضها عتق من باقيها[٢] وفى بقية مبلغ الثلث من ذلك، إن لم يدع غير ذلك وإن كانت هى المدبرة، فالجواب سواء.

قال سحنون: لا يجبر ورثة الذمى على بيع خمره وخنازيره وإن لم يترك غير ذلك، بل يتربص الطالب، فإن باعوا وصار مالًا طلب وقضى له به، وكذلك مركب بساحلنا فيه خمر.

وإن قالت امرأة المفلس: هذه الجارية لى وصدقها. وقال الغرماء: بل له، قال سحنون: إن كانت فى حيازة المرأة والزوج يقوم بها، لم تصدق بعد التفليس وعلى المرأة البينة؛ للتهمة فى الحوز لها عن الغرماء.

ووافقنا (ش) فى بيع داره وخادمه، قال: وإن كان محتاجًا [إليهما][٣]، وخالف ابن حنبل.

قال مالك: ويستأنى بربعه الشهر والشهرين؛ لتوقع الزيادة فى الثمن مع الأمن عليه والعروض والحيوان مدة يسيرة والحيوان أسرع لقرب تغيره، ولا يبع السلطان إلا بالخيار ثلاثة أيام لتوقع الزيادة.

قال اللخمى: إلا أن يكون الربع أعظمها وتكون المبادرة إليه متعينة خشية الرجوع

(١) تقدم.
(٢) فى أ: [. . .] باقيها.
(٣) فى ط: إليها.

عنه، فلا يؤخر، والعادة أن يبيع القاضى بيع خيار وإن لم يشترط، إلا أن يعلم المشترى تلك العادة فله القيام فى تنجيز البيع أو الرد إن كره البقاء على الخيار.

قال ابن يونس: قال مالك: ويترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام، وقال: نحو الشهر، وإن لم يوجد غيره، ترك؛ لأن الحياة مقدمة على مال الغير؛ لأنه يجب على الغير إزالة ضرره بماله فأولى التأخير بما فى الذمة.

وقال (ش): إن كان له كسب فنفقته فى كسبه وإلا ترك له ما يحتاجه إلى انفكاك الحجر عنه.

وقال ابن حنبل: ينفق على المفلس ومن تلزمه نفقته بالمعروف إلى حين القسمة فإن كان يكتسب أنفق على نفسه، وإن لم يكن له كسب أنفق عليه مدة الحجر وإن طالت؛ كالميت يجهز، وضرورة الحى أعظم.

لنا: الحى مجبول على طلب الكسب والتسبب غالبًا، وحق الغريم متعين فيقدم، والميت يتعين تجهيزه فى ماله الحاضر وليس من تحصيله لمال آخر

وأهله - عندنا - زوجته وولده الصغار، فيعطى نفقتهم ونفقته وكسوته وكسوتهم؛ لأن الغرماء عاملوه على ذلك.

وعنه: لا تترك له كسوة زوجته؛ لبعد ضرورتها عنه، فلها طلب طلاق نفسها والصبر مدة، بخلاف نفقته ونفقتها.

وفى الموازية: إن بعث نفقة لأهله فقام فيها غرماؤه، فلهم أخذها؛ لأن حق الغريم متعين فى المال والزوجة لها أحد الأمرين: إما النفقة، أو الطلاق.

فإن قال الرسول: أوصلتها لأهله صدق مع يمينه ولهم أخذها من عياله إن قاموا بحدثان ذلك فإن تراخوا مدة تنفق فى مثلها، فلا شىء لهم؛ لذهاب عين المال.

فإن قاموا بحدثان ذلك فقال أهله: قضينا دينًا فى نفقة تقدمت، لم يصدقوا وعليهم البينة إلا أن يأتوا على ذلك بلطخ أو برهان.

قال اللخمى: يجبر العامل على بيع قراض المفلس إن جاز بيعه، وكذلك إن كان هو المفلس وفيه فضل، وإن لم يجز البيع لم يجبر.

قال: وأرى - إن رضى الغرماء أن يضمنوا للعامل ما يربح فى مثلها عند أوان البيع - أن يمكنوا الآن من البيع ويدفعوا ذلك إليه وقت البيع، فإن لم يربح فى مثلها ذلك الوقت، لم يكن له شىء.

وقال فى كتاب محمد: إذا خرج العامل إلى بلد آخر، بيع لغرماء المالك، ولا يباع لغرمائه حتى يحضر المالك؛ لأن غرماء المالك كالمالك، وهو لو لقيه هناك له الانتزاع فكذلك غريمه، وغريم العامل كالعامل والعامل ليس له الترك هناك بل عليه إعادته إلى موضع قبضه، فلو علم أنه لم يسافر إلا رجاء الربح، لم ينتزعه رب المال ولا الغرماء إلا بعد الرجوع، وإن وجد قد اشترى بثمن ما باع، لم يأخذوه منه حتى يقدم ربه؛ وهو كالذى لم يحل بيعه.

وإن كان أخدم عنده لم يبع مرجعه كانت الخدمة حياة المخدوم أو سنين معلومة.

وإن أفلس المخدم كانت الخدمة كالعرض إن كانت معلومة العشر سنين ونحوها وإن كانت حياة المخدِم أو المخدَم، بيع منها ما قرب السنة والسنتين، وإنْ دارًا ونقد كراءها، بيعت تلك المنافع، ويباع دين المؤجل عينًا أو عرضًا أو طعامًا من قرض، ويؤخر إن كان من بيع حتى يحل أجله؛ لامتناع بيع طعام السلم قبل قبضه ويؤخر بيع مالم يَبْدُ صلاحه حتى يبدُو صلاحه، وتباع خدمة المعتق إلى أجل، وإن طالت العشر سنين ونحوها، ولا يباع مال مدبره ولا مال أم ولده ولا معتقه إلى أجل؛ لأنه ملك غيره.

وقال ابن كنانة: لا يترك للمفلس نفقة ولا كسوة؛ لأن الأصل أن الغرماء وغيرهم سواء فى مواساته.

وأرى: أن يعتبر ما يترك له ثلث قدر المال الذى عليه وعياله والسعر من الرخص والغلاء، فإن ترك له نفقة الشهر فى غلاء أو كثرة العيال أضر بالغرماء، أو مع كثرة العيال ورخاء السعر لم يضّر بهم، وأما مع قلة ما فى يديه فالخمسة الأيام والجمعة حسن، ويصح ألا يترك له شىء بأن يكون ذا صنعة تكفيه، وقيل: يترك للصانع النفقة اليسيرة خوف المرض، وليس ببين؛ لندرة المرض؛ ولأن الغالب أن المفلس أخفى شيئًا وراءه.

وفى النوادر: إذا كان يفضل عن إجارة نفسه شىء أخذ، قاله ابن القاسم.

قال سحنون: والصناع إذا أفلسوا وليس لهم مال، أخذ فضل أجر عملهم.

قال اللخمى: وإذا أفلس العبد المأذون، انتزع ما فى يده؛ كالحر، وإن كان يؤدى لسيده خراجًا فى حال تجارته من ربحه مضى له ما أخذ، أو من رأس ماله رد.

وإن كان صانعًا يشترى الشىء ويصنعه فالغريم أحق بما فى يديه، ولا مقال على

السيد فيما أخذ من الخراج مما قابل صنعته.

وإن كان عنده فضل أخذ منه، وإن علم أنه كان على خسارة انتزع من السيد ما أخذ، وإن أبقى السيد فى يده شيئًا من خراجه، لم يأخذه الغريم، وإن كان فى يده مال وهب له أو تصدق به عليه أو أوصى له به، قضى منه الدَّين إلا أن يشترط المعطى أن يتسع فيه العبد فلا يقضى منه.

فرع: قال ابن يونس فى المدونة: إذا فلست امرأة ثم تزوجت وأخذت مهرها، ليس لغرمائها فيه قيام؛ لئلا يبقى زوجها بغير جهاز إلا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار.

فرع: فى الكتاب: يجبر على انتزاع مال أم ولده وله انتزاعه إلا أن يمرض ولا دين عليه؛ لأنه حينئذ ينتزع للورثة لا لنفسه، وإن فلس المريض لا يأخذ مال مدبره للغرماء، وإن مات بيع ماله وإن أحاط الدين به.

قال التونسى: إن مرض وعليه دين وله مدبر يرده الدين إذا مات لا يعجل بأخذ ماله لدين سيده حتى يموت، فلعله يعتق بعضه ويباع بعضه فى الدين، وقد يطول المرض ويفيد السيد مالاً.

فرع: قال الطرطوشى: الحاكم عندنا يتولى بيع ماله، وقاله (ش) وابن حنبل، ويستحب حضوره؛ لأنه أعلم بسلعه وميل الناس لمعاملته أكثر.

وقال (ح): لا يبيع الحاكم وإنما يأمره بالبيع ويحبسه حتى يبيع.

لنا: أنه - عليه السلام - باع مال معاذ.

وقول عمر - رضى الله عنه - فى حديث الأسيفع: «إنا بائعوا ماله غدًا» على رءوس[1] المهاجرين والأنصار، فكان ذلك إجماعًا.

وقياسًا على الميت وعلى بدل أحد النقدين بالآخر فإنه ساعد عليه.

ولهم: الفرق بأن الميت سقطت أهليته بخلاف الحى، والنقدان فى حكم الشيء الواحد بخلاف غيرهما.

احتجوا بقوله - تعالى -: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وبقوله - عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[2] وهذا

(١) فى ط: رأس.
(٢) تقدم.

لم تطب به نفسه.

وبالقياس على غير المفلس.

ولأن تصرفه لنفسه أتم من الغير؛ ولأنه لو جاز له بيع ماله لجاز له بيع منافعه؛ لجريانها مجرى الأموال.

والجواب على الأول: القلب؛ فإن المفلس إذا امتنع من البيع فقد أكل ماله بالباطل ثم نقول: هذا يقتضى منع البيع إذا باع بتضييق الحاكم ثم نقيس على ما أجمعنا على تخصيص هذه النصوص به من بدل النقدين أحدهما بالآخر ونفقات الزوجات والميت.

وعن الثانى: الفرق بأن تصرف المفلس يضر بالغرماء بالإزواء فى الأثمان بخلاف غير المفلس.

وعن الثالث: أن الحاكم قد يملك الإنسان ما لا يملك وهو كفرقة العنة.

وعن الرابع: الفرق بأنه يجب عليه بذل ماله للدين ولا يجب عليه أن يؤاجر نفسه فقام الحاكم مقامه.

الحكم الثانى: الحجر عليه ونفوذ تصرفاته أو ردّها، وبه قال (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح): لا يحجر عليه.

لنا: أنه عليه السلام حجر على معاذ.

وفى الكتاب: ليس له الزواج من المال الذى فلس فيه دون ما أفاده بعده.

قال ابن يونس: عن مالك: لو اشترى عبدًا فتزوج به ولا مال له يعطيه فى الثمن وقد بنى أم لا: الثمن دين عليه إذا لم يعلم منه خلافه قبل شرائه، وإن علم منه الخديعة، أخذ منه واتبعته المرأة بقيمته، ولو باعه لم يفسخ بيعه.

وعن مالك: إذا أحاط الدين بماله فتزوج بعبد بعينه ثم فلس، المرأة أسوة إلا أن يصدقها إياه بعد أن وقف على الفلس. وعن مالك: إن كان دينه أظله غرمه ولزم به فالمرأة أسوة الغرماء فيه، وإن لم يظله ولم يلزم به فالمرأة أحق به، ورجع مالك عن هذا.

قال اللخمى: تصرفاته ثلاثة:

جائزة، وممنوعة، ومختلف فيها.

فالأولى: بيعه وشراؤه وهبته للثواب ونكاحه ونحو ذلك مما هو معاوضة، فإن

باع قبل الحجر بمحاباة ردت المحاباة، أو بعد الحجر بغير محاباة، وقف: فإن كان نظرًا أمضى، أو فيه بخس رد، وإن شك وقف فيه الزائد: فإن لم يوجد أمضى، وهذا ما لم يقبض الثمن أو قبضه وهو قائم بيده، فإن أنفقه فلهم الرجوع فى السلعة إلا أن يرضى المشترى بدفع الثمن مرة أخرى، فإن اشترى على أن يقضى مما حجر عليه فيه الثمن، رد إلا أن يكون فيه فضل، و يفوت بيعه إلا أن يرضى البائع أن يباع له، ولا يدخل مع الغرماء فيكون بمنزلة مبايعته بعد قسم ما فى يديه.

والنكاح جائز وإنما يختلف فى الصداق، إن كان النكاح قبل الحجر حوصص بالصداق، أو بعده فلا، ولكن هو فيما يفيده بعد.

والمردود: العتق والتدبير والتبرعات وقعت قبل الحجر أو بعده، ووافقنا (ش) فى القسمين؛ لأن الدين مقدم على المعروف إلا أن يكون فى خدمة المعتق إلى أجل وفيما يجوز بيعه من خدمة المدبر ما يوفى العاجز من دينه.

وإن أولد أمته قبل الحجر لم تبع؛ لتقدم حقها، أو بعد الحجر بيعت وبعد الوضع دون ولدها. وفى الكتابة قولان: قيل: كالعتق ترد، وقيل: كالبيع ينفذ.

قال: وأرى: إن كان قيمته مكاتبًا قيمته رقيقًا، مضت قبل الحجر أو بعده؛ لعدم ضرر الغرماء إلا أن يتعذر بيع المكاتب، وإن كانت قيمته مكاتبًا أقل وهو يوفى بالدين لم يرد، أو لا يوفى ردت إن كانت بعد الحجر أو قبله، والحبس لتخفيف الكتابة لما يرجو من الولاء ردت، وإن كانت على حسن النظر من السيد ومن ناحية التجارة لكثرة النجوم، مضت.

واختلف قول مالك فى رهنه وقضائه لدينه، فأمضاه مرة، ورده أخرى، وجعل للغرماء الدخول على القابض أو المرتهن يحاصونه.

والأول فى الكتاب، ورجع عنه فى ذكر الرجوع فى الكتاب أيضًا.

فرع: فى الكتاب: إن أقر قبل الفلس بمال دخل صاحبه مع من هو ببينة، أو بعد الفلس لا يدخل فيما بيده بل هو للغرماء؛ لأنه إقرار عليهم فلا يسمع، فإن أفاد بعد ذلك مالًا دخل فيه مع من بقى له من الأولين شىء؛ لاختصاص التهمة بالأول، وإن أفاد مالًا بعد الفلس فلم يقم فيه الغرماء الأولون ولا المقر له حتى أقر بدين لآخر، نفذ إقراره ما لم يكن عند قيام الأولين بتفليسه ثانية، فإن أقر قبل ذلك، جاز.

فإذا فلس ثانية فالمقر لهم آخرًا أولى بما فى يديه من الغرماء الأولين إلا أن يفضل

شىء عن دينهم؛ لأن ما فى يديه هو من المعاملة الثانية إذا كان قد عومل بعد الفلس وباع واشترى؛ لأن مالكًا قال: إذا داين الناس بعد الفلس ثم فلس ثانية، فالمداين الأخير أولى من الأول؛ لأنه ماله، فإن كان إنما أفاد المال الثانى بميراث أو صلة أو أرش جناية ونحوه، استوى الأول والآخر فيه، وما دام قائم الوجه فإقراره جائز.

وفى النكت: لم يختلف قوله فى إقرار من أحاط الدين بماله، واختلف فى قضائه.

والفرق: أن الإقرار يوجب المحاصة مع الغرماء فهو أخف.

قال ابن يونس: قوله: إن أقر قبل الفلس، يريد: وقبل القيام عليه.

قال محمد: وإذا قام الغرماء عليه ولا بينة لهم، نفذ إقراره إن كان فى مجلس واحد وقرب بعض ذلك من بعضه أو صاحب البينة لا يستغرق ماله فينفذ فإن ذا البينة لا يفلس.

وعن مالك: إن كان المقر له من مداينةٍ وتقاضٍ وخلطةٍ، يحلف ويحاصص من له البينة، وكذلك إن علم أنه باع منه سلعة لا تعلمها البينة.

فقال عند التفليس: هذا متاع فلان، فقيل: يكون أولى؛ للعلم بتقدم المعاملة فيه، وقيل: لا يقبل قوله فى التعيين، ويحلف الغرماء على علمهم؛ لأنه قد تعين أنفس منها (كذا)، فإن نكلوا، حلف البائع وأخذها، وكذلك القراض والوديعة كالسلعة يقبل قوله عند ابن القاسم دون أشهب.

وعن ابن القاسم: يقبل قوله فيهما فى الموت والفلس، وإن لم يكن على أصلهما بينة؛ لأنهما أمانة بخلاف الدين، بخلاف قوله: فى مالى ذلك من غير تعيين لأنهما دين حينئذ فيحصل فيهما ثلاثة أقوال.

قال اللخمى: إقراره قبل الحجر لمن لا يتهم عليه جائز، ولمن يتهم عليه كالأب والزوج خلاف.

والأحسن: المنع؛ لئلا يواطئه ليرد إليه.

وبعد القيام عليه ثلاثة أقسام يجوز مع الديون التى قيم عليها بها كلها ببينة أو بغير بينة لا تستغرق المال أو تستغرق ويعلم معاملة المقر له وأقر له بما يشبه.

ويمتنع الإقرار بعد الحجر، واختلف فى ثلاث مسائل:

بعد القيام، وقبل الحجر، والسجن، وفيما ثبتت المعاملة بالبينة وأقر أن عين

المشترى قائمة، وفيما إذا أقر بأمانة كالقراض، وينبغى للحاكم أن يبتدئ سؤاله عما عليه للناس فيبينه، وأكثر الناس يتعاملون بغير إشهاد ولا يعرف ذلك إلا من قبله وإلا تذهب أموال الناس.

ولو قال بعد الكشف عن حاله: فلان نسيته قُبِلَ بالقرب.

وإذا رُدَّ إقراره بعد الحجر ثم داين، لم يدخل المقر له مع المداين؛ لأنه كان رضى بالتفليس فإن صح إقراره ولم يرض بتفليسه ولا دخل فى المحاصة:

قال: لا يدخل مع الآخرين.

وقال محمد: يدخل، وإن كان غائبًا حين الفلس؛ لأن الدخول مع الأولين كان له، وله الدخول مع الآخرين عند محمد، ومنعه ابن القاسم؛ لأنها أموال الآخرين لا يشاركهم الأولون وهو أحسن.

واختلف إذا أبقى أحد الأولين فى يديه نصيبه:

قال ابن القاسم: يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى؛ كمداينة حادثة.

وفى كتاب ابن حبيب: يضرب بأصل دينه، وهو أحسن إذا لم يكن أراد فلسه وإنما قام بحقه لئلا ينتفع به أصحابه.

وفى الجواهر: كل إقرار رُدَّ ثبت فى ذمته.

فرع: فى الجواهر: اختلف فى عتقه أم ولده، أمضاه ابن القاسم فى الكتاب، ورده المغيرة، ولم يجعله كطلاق امرأته، وإذا أمضيناه[1] تبعها مالها عند مالك، ومنع ابن القاسم إلا أن يكون يسيرًا.

فرع: قال: وما لا يصادف المال ينفذ؛ كالطلاق، والخلع، واستيفاء القصاص وعضوه، واستلحاق النسب ونفيه باللعان، وارتهانه، وقبول الوصية.

فرع: قال: والمال المتجدد بعد الحجر لا يتعدى إليه الحجر إلا بتجديده مرة أخرى.

فرع: ما يتعلق بمصلحة الحجر كأجرة الكيال والحمال، تقدم على جميع الديون؛ لأنها أهم من مصالح الغرماء.

فرع: قال: يحلف المحجر عليه بالفلس مع شاهده ويأخذ دينه، ويحلف إذا رد

---

(١) فى ط: أمضينا.

عليه البمين، فإن نكل فللغرماء الحلف، قاله ابن حبيب؛ لأن الحق لهم.

فرع: قال: إذا أراد المفلس سفرًا، لمن بقى له دين حالٌ منعه، ولا يمنعه صاحب المؤجل ولا يطالبه بالكفيل ولا الإشهاد إلا أن يحل فى غيبته عند الاستحقاق، وقاله (ش).

وابن حنبل لا يحبسه خوف الهرب[١] ولا يمنعه خشية الموت.

الحكم الثالث: حلول ما عليه من الدين.

وفى الكتاب: مؤجل دين الميت والمفلس الذى عليهما يحل بالموت والفلس؛ ومالهما يبقى لأجله، وللغرماء بيعه إن شاءوا، ووافقنا (ش).

وقال ابن حنبل: لا يحل ما على المفلس؛ لأن الأجل حق له فلا يسقط كسائر حقوقه؛ وقياسًا على الجنون والإغماء وله فى الموت قولان إذا أوثق بالورثة.

لنا: أن الذمة خربت ورب الدين إنما رضى بالتأجيل مع تمكنه من المال وقد زالت المكنة بالحجر وأخذ المال.

والفرق بينه وبين الإغماء: المال يضمه الولى أو الحاكم وهو عند إفاقته، والغالب سرعتها بخلاف الفلس.

الحكم الرابع: إظهار الحجر عليه.

فى الجواهر: إذا فلس الغريم أو مات أحدٌ وعليه دين، فليأمر القاضى من ينادى على باب المسجد فى مجتمع الناس: أن فلانًا بن فلان قد مات أو فلس فمن له عليه دين أو عنده قراض أو وديعة فليرفع ذلك إلى القاضى؛ كما فعله عمر - رضى الله عنه - مع الأسيفع ويحذر الناس بعد ذلك، وقاله (ش) وابن حنبل.

الحكم الخامس: رجوع أرباب السلع وغيرها إلى مالهم.

قال الطرطوشى: إذا فلس بثمن المبيع والثمن حال أو مؤجل والسلعه قائمه بيده خير البائع فى تركها ومحاصة الغرماء بالثمن وفى فسخ البيع وأخذ عين ماله إلا أن يختار الغرماء دفع الثمن إليه فذلك لهم، وإن مات مفلسًا فلا حق للبائع فى عين سلعته وهو أسوة الغرماء.

قال (ح): لا حق له فى عين ماله فى الموضعين، وبعد القبض أسوة الغرماء،

---

(١) فى ط: القرب.

وقبل القبض تباع السلعة ويقبض حقه من الثمن.

وقال (ش): هو أحق بها فى الموضعين إن شاء أخذها أو تركها وحاصص بالثمن، ووافقنا ابن حنبل.

وأصل المسألة: أن الثمن يجرى مجرى المثمن، وكذلك يقبل الإقالة والرد بالعيب، فإذا تعذر بالفلس - كان كتعذر تسليم المبيع للمشترى فُسخ البيع. وعند (ح): الثمن معقود به لا معقود عليه فلا ينفسخ العقد بالإعسار به

لنا: ما فى الموطأ والبخارى أن النبى ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ رَجُلٌ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[1].

وروى مالك - أيضًا - أن النبى ﷺ قال: «أَيُّما رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِى ابْتَاعَهُ وَلَمْ يُعْطِ الَّذِى بَاعَهُ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِى فَصَاحِبُ الْمَتاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ»[2].

فإن قيل: أراد بصاحب المتاع المشترى؛ لأنه صاحب المتاع حقيقة، وأما البائع فهو كان صاحب المتاع لئلا يظن أن الإفلاس يضعف ملكه.

قلنا: بل المراد: البائع؛ لأن المشترى أحق قبل الإفلاس، فاشتراط الإفلاس لا يتم إلا على ما ذكرناه؛ ولأن أحق صيغة «أفعل» يقتضى الاشتراك، وعلى رأيكم: لا اشتراك بل المشترى متعين، وعلى رأينا: يكون الحق للمشترى فى الانتزاع وللبائع فى أصل الملك، فيتعين ما قلناه.

وبالقياس على ما قبل قبض السلعة له حق الفسخ كما قاله بعضهم قبل القبض، وقال بقيتهم: يباع ويختص بالثمن.

فنقول: فلا يكون أسوة الغرماء كما قبل القبض، والجامع تعذر الثمن، وكما أن

---

(١) من حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى (٢٤٠٢)، ومسلم(١٥٥٩) ومالك مرسلا وموصولا (١/٦٧٨) (٨٧ و ٨٨)، والحميدى (١٠٣٦)، وأحمد (٢/٢٢٨ و٢٤٧ و٢٤٩ و٢٥٨ و٤٧٤)، وأبو داود (٣٥١٩)، وابن ماجه (٢٣٥٨)، والترمذى (١٢٦٢)، والنسائى (٧/ ٣١١).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٦٧٨) فى البيوع: باب ما جاء فى إفلاس الغريم (٨٧)، قال ابن عبد البر هكذا فى جميع الموطآت. ولجميع الرواة - عن مالك - مرسلًا إلا عبدالرزاق، فوصله. وأخرجه - موصولًا - أبو داود من حديث إسماعيل بن عياش عن الزبيدى عن الزهرى (٣/ ٢٨٧) فى البيوع: باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه (٣٥٢٢).

تعذر المبيع يوجب حق الفسخ فكذلك تعذر الثمن؛ لأن كل واحد عوض مقصود، ولا فرق بين المعين وما فى الذمة؛ لأن العبد المبيع إذا أبق ثبت حق الفسخ؛ والمسلم فيه إذا تعذر ثبت حق الفسخ عندهم، وهو أحد أقوالنا، وأحد قولى (ش).

ولا يلزمنا إذا باعه ثم رجع إليه وأعسر بالثمن فإن البائع يملك الرجوع، ولا إذا وهبه ثم أفلس بثمنه؛ لتعلق حق الغير به، وكذلك إذا مات مفلسًا؛ لأن الموت يقطع الأملاك وينقلها للوارث. ولا إذا منع المبتاع الثمن من غير فلس؛ لعدم التعذر، فيأخذ الحاكم الثمن قهرًا ويسلمه له.

أو نقول: أحد المبتاعين يثبت له الخيار عند التعذر فى حقه؛ كالمشترى إذا اطلع على العيب، بل أولى؛ لأن تعذر الكل أعظم من تعذر الوصف؛ ولأن نسبة العقد إليهما نسبة واحدة فوجب استواؤهما فى آثارهما؛ ولأنا فسخنا العقد بأجنبى عنه إذا تعذر وهو الرهن فأولى إذا تعذر الركن.

أو نقول: عقد معاوضة فيلحقه الفسخ بالإفلاس؛ كالكتابة، ولا يلزم إذا باع من نفسه؛ لأنها عتاقة، ولا تلزمه الحوالة إذا وجد المحال عليه مفلسًا؛ كقولنا: عقد معاوضة، والحوالة نقل للحق من ذمة إلى ذمة، ولا الخلع إذا أفلست المرأة؛ لأن الطلاق والعتاق لا يقبلان الفسخ بخلاف البيع.

ولا يقال: رتبتم على العلة ضد مقتضاها؛ لأن المعاوضة مقتضى اللزوم؛ بدليل اعتصار الهبة دون البيع، وثبوت الرجعة فى المطلقة بغير عوض بخلاف الخلع.

لأنا نقول: بل مقتضاها؛ لأن المعاوضة تقتضى التسوية بينهما فلما كان لأحدهما الفسخ يكون للآخر؛ كما تقدم.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «أَيُّما امْرِئٍ هَلَكَ وَعِنْدَهُ مَتَاعُ امرْئٍ بِعَينِهِ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَقْبِضْ فَهُوَ أُسوَةُ الغُرَمَاءِ»، وهذا نص.

ولأن الإفلاس لو كان سببًا لذلك لكان سببًا مع هلاك السلعة؛ كالرد بالعيب.

ولأن حق الجناية أعظم من حق البيع؛ لترتبه فهو أمر غير رضا المجنى عليه، وهو لا يتعلق بأعيان الأموال، فالبيع أولى.

وبالقياس على رهن المشترى المبيع قبل فلسه.

ولأنه أسقط حقه بالتسليم فيه فلا يرجع؛ لأنه يساوى الغرماء فى سبب الاستحقاق.

ولأنه من [أمواله][١] فلا يكون لأحد فيه سلطان.

ولأنه لو اشترى بمؤجل وباع بحال ثم اشتراه بمؤجل ثم باعه من آخر بحال ثم اشتراه بمؤجل وأفلس بجميع الأثمان:

فإن لم يثبت الرجوع، لزم مخالفة رسول الله ﷺ؛ لرجوع المبيع بحاله مع الفلس وانتقضت قاعدتكم.

وإن ثبت، فليس أحدهم أولى من الآخر فيلزم الترجيح من غير مرجح، أو الجمع بين النقيضين فى رجوع الكل؛ لأن كل واحد يكون مختصًا بالمبيع فالمبيع لا يكون مختصًا.

ولأن المثمن مباين للثمن من وجوه:

أحدها: أن الثمن فى حكم المقبوض، ولهذا تجوز المعاوضة عليه دون العين المبيعة قبل القبض.

وثانيها: إذا انقطع جنس المسلم فيه، ثبت الفسخ، وانقطاع جنس الثمن لا يثبته.

والجواب عن الأول: القول بموجبه؛ لأنه لا يرجع عندنا فى الهلاك ونحن نحتج بنقل (ش) والفرق: أن فى الهلاك اشتد باب الاكتساب فتعينت التسوية بين الغرماء؛ لئلا يذهب بعض الحق مطلقًا.

أما فى الفلس مع الحياة: فخير حق الجميع متوقع بما تعينت المفسدة.

وعن الثانى: أن الفسخ فى العيب عند الهلاك يحصل فائدة وهو قيمة السلعة كاملة والكامل أتم من الناقص فى قيمته، وههنا لو فسخ رجع إلى ذمة المشترى، وإذا لم يفسخ فهو فى ذمة المشترى، مع أن القيمة قد تكون أقل أو مساوية أو أكثر، ولا مرجح قبل الكشف عن ذلك، فلم يكن ثم غالب يناط به الحكم العام، فيسقط اعتبار الفسخ؛ لعدم الفائدة، بخلاف العيب قرينة التمام دليل ظاهر على حصول الفائدة، فظهر الفرق.

وعن الثالث: أن أصل الجناية لا يتعلق بأعيان الأموال، والبيع تعلق بأعيان الأموال، فكان تعذرها مؤثرًا فيه.

وعن الرابع: أن الرهن يوجب تعلق حق الغير بغير ما تعلق به حقه، بخلاف

---

(١) فى ط: أموال.

الغرماء لم يتعلق حقهم إلا بالذمة دون عين المبيع، فظهر الفرق.

وعن الخامس: إسقاط الحق بالتسليم لا يمنع الرجوع؛ كما إذا اشترى عبدًا بثوب وسلم الثوب فأبق العبد أو وجد أحد العرضين معيبًا، قبض الآخر، وقد رجح على الغرماء بوجود عين ماله بخلافهم.

وعن السادس: أن كونه ماله لا يمنع من سلطان الغير عليه؛ كالعبد إذا أبق بعد أن صار الثوب من أمواله.

وعن السابع: قال أبو الوليد: إنه لم يجد في هذه الصورة نقلًا، ورأى أن الآخر أحق؛ لأنه كالناسخ فما رجحناه إلا بمرجح.

وعن الثامن: أن التصرف يجوز عندنا في المبيع إلا في الطعام؛ تعظيمًا لقدره لكونه سبب الأقوات وقوام الحياة، فهذا الأمر يخصصه لا لكونه ثمنًا أو مثمنًا.

ولنا على (ش): ما رواه مالك أنه - عليه السلام - قال: «أَيُّماَ رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِى أبتَاعَ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِض الَّذِى بَاعَ مِنْهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ فَإِنْ مَاتَ الَّذى أبْتَاعَهُ فَصَاحِبُ المتاعِ أُسْوَةُ الغُرَماءِ».

احتج بما رواه أنه - عليه السلام - قال: «أَيُّماَ رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَاَ وَجَدَه بِعَيْنِهِ».

ولأن[1] الرجوع في الموت أولى بخراب الذمة الإياس، فلو عكس الحال لكان أولى؛ ولأن الشفيع يثبت حقه في الحياة وفي الموت مع الوارث فأولى البائع؛ لأنه كان مالكًا لغير المبيع وما رضى بالنقل إلا بشرط سلامة العاقبة، بخلاف الشفيع.

والجواب عن الأول: أن إسناده ضعيف.

وعن الثاني: تقدم الفرق عنه.

وعن الثالث: أن ضرر الشفيع بالشريك المتجدد لم يختلف في الحياة والموت، وتعذر الاستيفاء في الموت متعين، فلا يسقط شيئًا من حقوق الغرماء؛ كما تقدم.

تفريع:

في الكتاب إذا فلس والسلعة قائمة بيده، فالبائع أولى بها وإن لم يكن للمفلس مال غيرها إلا أن يرضى الغرماء بدفع ثمنها إليه فذلك لهم، وإن مات المبتاع قبل

---

(١) في ط: فلأن.

دفع الثمن وهى قائمة بيده فالبائع أسوة الغرماء، وإن تغيرت الهبة للثواب بيد الموهوب بزيادة أو نقص فى بدن وقد فلس، فللواهب أخذها إلا أن يرضى الغرماء بدفع ثمنها فذلك لهم.

فى النكت: إذا كانت الهبة للثواب قائمة، قيل: فسواء قَبِلَ الموهوب أو مات، الواهب أولى من الغرماء، وأما إن فاتت، فله أخذها فى الفلس دون الموت؛ لأنها إذا فاتت وجبت القيمة فى الذمة؛ فصارت كثمن المبيع.

قال صاحب المقدمات: فإن كانت بيد البائع فهو أحق فى الفلس والموت اتفاقًا؛ لأنها كالرهن بيده، وكذلك من اشترى سلعة بسلعة فاستحقت التى قبض، فهو أحق بالتى دفع إن وجد عينها فى الموت والفلس جميعًا قولًا واحدًا، ولو تزوج بسلعة بعينها ففلست ثم طلقها قبل الدخول أو ظهر فساد العقد، فهو أحق بها إن فسد العقد، أوبنصفها إن لم يفسد فى الفلس والموت قولًا واحدًا، وتعين أن هذا هو المبيع إما بالبينة وإما بإقرار المفلس قبل التفليس.

أما بعده فأقوال:

أحداها[1]: أن قوله مقبول مع يمين صاحب السلعة.

وقيل: بغير يمين.

وقيل: لا يقبل ويحلف الغرماء: لا يعلمون أنها سلعته.

وقيل: إن كانت على الأصل بينة قبل قوله فى تعينها وإلا فلا، قاله ابن القاسم.

وأما المعين فهو أحق بما فى يده فى الموت والفلس، فإن سلمها للبائع، فقال ابن القاسم: أحق فى الفلس دون الموت؛ كالعرض.

وقيل: كالغرماء، قاله أشهب.

فإن لم تعرف بعينها فكالغرماء فى الموت والفلس.

قال التونسى: إن دفع له الغرماء الثمن، قال ابن القاسم: ضمانُها من المفلس؛ لأنهم نواب عنه. وقيل: منهم؛ لأن ربها لو أخذها لبرئ هو من ضمانها.

وإذا باع سلعتين ففاتت إحداهما، فله أخذ الباقى، وإن رضى الغرماء بدفع ثمنها فذلك لهم؛ لأن الأصل بقاء ملك المشترى وهم نوابه.

---

(١) فى أ: إحداها.

قال محمد: وهم أولى بها حتى يستوفوا من ثمنها ما فدوها له.

وقال ابن القاسم: هو يدخل معهم فى ثمنها لثمن الفائتة كأنهم أسلفوا ثمنها.

ومحمد يقول: هم حلوا محل صاحبها ولو أخذها صاحبها لم يحاصصهم إلا بما بقى من ثمن الفائتة كذلك هم، وكذلك لو كان ثمنها مائة وهما مستويان فانتقد خمسين ففلس المشترى وفاتت واحدة وأراد أخذها - دفع ما نابها مما قبض وهو خمسة وعشرون، وحاص بخمسة وعشرين ثمن الفائتة.

واختلف: هل يكون الغرماء أحق بالسلعة حتى يأخذوا منها ما فدوها به وهو خمسة وعشرون؟ قاله أشهب، أو يكونون كالمسلفين وذلك للمفلس فلا يكونون أحق؟ قاله ابن القاسم.

ولو وجدها رهنًا، لم يأخذها البائع إلا أن يعطى ما رهنت به ثم يحاص بما غرم، وكذلك لو جنى المبيع حتى يدفع الجناية ولا يرجع بها؛ كالعيب يدخلها، وإن شاء أخذها معيبة وإلا حاص بالثمن، ولو وجده قد صبغ، لم يأخذه حتى يدفع الصبغ كله.

قال أشهب: ثم يحاص به الغرماء ويكون الصبغ للمفلس ويشارك به، وينبغى على مذهب أشهب أن يكون أحق به حتى يستوفى منه ما دفع فى إجارته؛ لأنه يحل فيه محل الصباغ فيكون أحق بذلك من الغرماء.

وقال محمد: لا يحاص بما أخرج فيه من ثمن ولعله أراد أن قيمة الصبغ مثل ما أخرج، فلا فائدة لرب الثوب فى الدفع والشركة، وقد يكون ذلك أضر.

واختلف: إن أحلت قيمتها على مشتريها ففلس المشترى، فقيل: يكون أحق بالحيلولة محلك، وقيل: لا؛ لأنه لم يبع، واختار محمد الأول، والثانى: ابن القاسم، وهو نحو مما تقدم.

ومن ارتهن زرعًا لم يبد صلاحه ثم فلس الراهن فحاص الغرماء من بيده الرهن إذ لا يقدر على بيعه فيبيع الزرع بعد أن حل بمثل الثمن فأكثر وما وقع له فى الحصاص وما فضل بيده عن دينه وقد يقع أقل.

وأحسن ما يقال: أن ينظر كم حاص أولًا، فإن قيل: بمائة، وغريم آخر: بمائة، تدفع له خمسون، فإن بيع الزرع بخمسين فهل الواجب أن تكون المحاصة بخمسين ويضرب الغريم بمائة فيقع لك ثلث المائة وللغريم ثلثاها؟ وذلك ثلثا خمسين الذى

قبضت ورد على صاحبك ثلث خمسين.

ولو تزوجها بمائة ففلس قبل الدخول فضربت بمائة فوقع لها خمسون ثم طلقها، فيقال: انظر: لو حاصصت بخمسين ما الذى كان يقع لها؟ فتحبسه وترد البقية.

ولو تزوجها فدفع لها خمسين ثم فلس فضربت بالخمسين الباقية، وقع لها خمسة وعشرون ثم طلقها لردت من الخمسين خمسة وعشرين، وينظر لو ضربت مع الغرماء بخمسة وعشرين فى مال المفلس وفى الخمسة والعشرين التى تردها كم ينوبها؟ فتمسكه، ولو دفع لها خمسين وطلقها ثم فلس، قال ابن القاسم: ترد خمسة وعشرين، وتضرب بخمسة وعشرين؛ لأنها تستحقها.

قال ابن يونس عن مالك: إن أوقف السلطان الغلام أو الدابة بعد الفلس لينظر فمات المفلس قبل قبض البائع، فهو أحق وإن لم يقبض؛ لأنه أوقفه له، وكان ابن كنانة يقول: [ليس][1] للغرماء فداء السلعة من أموالهم بل يفدون[2] البائع من مال المفلس إن كان له مال.

وقال أشهب: ليس للغرماء أخذها بالثمن حتى يزيدوا عليه حطيطة عن المشترى من دينهم، وتكون السلعة لهم نماؤها وعليهم خسارتها[3].

وقال ابن القاسم: من المفلس خسارتها وله زيادتها، وإذا أبقى بعض ثمن السلعة، لم يأخذها إلا برد جميع ما قبض، ومتى أراد الغرماء تكميل الثمن فلا مقال له، ومتى كان المبيع سلعة مختلفة أو متماثلة وقبض بعض الثمن وهلك بعض السلع، قومت ورد نصيب الباقى وحاصص بنصيب الهالك.

وقال (ش): إذا وجد المبيع وقد قبض بعض الثمن، رجع بحصته ما بقى من الثمن، ولا يخير بين رد المقبوض والضرب مع الغرماء.

لنا: أن ظاهر الخبر أثبت له أخذ ماله إذا وجده وقد وجده، ووافق إذا قال بأخذ أحد العبدين المستويين بما بقى من الثمن، ووافق إذا وجد السلعة رهنًا، لا يأخذها؛ لتقدم حق المرتهن على المشترى قبل التفليس.

وقال: إذا وجد المبيع ناقصًا نقصان جزء، ينقسم عليه الثمن؛ كعبدين، أو طعام

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: يبدون.
(٣) فى أ: تواها.

ذهب بعضه، أو نخلة بثمرة ذهبت ثمرتها، خير البائع بين الضرب مع الغرماء بالثمن وبين فسخ البيع بما بقى بحصته ومحاصة الغرماء بحصة ما تلف ونقصًا لا ينقسم عليه الثمن؛ كذهاب يد أو رجل، خير بين أخذه بجميع الثمن أو الترك والضرب بالثمن.

وإن زاد المبيع زيادة غير متميزة، كالسمن والكبر واختار البائع الفسخ، تبعت الزيادة الأصل؛ كالرد بالعيب أو متميزة كالثمار فى النخل، رجع بالمبيع دونها.

قال: كالرد بالعيب وإن كان عبدًا فعلمه صناعة أو قرآنًا فلا شيء للمشترى فى ذلك، أو قمحًا فطحنه أو ثوبًا فقصره أو خاطه ولم تزد قيمته فكذلك، وإن زادت فهل يكون كالأول أو يكون المشترى شريكًا؟ قولان عندهم، ومتى زاد الصبغ، بيع الثوب وأخذ البائع بقدر قيمة الثوب، وإن نقصت، خير بين أخذه ناقصًا أو الترك أو المحاصة، ومتى خلط المبيع المثلى بجنسه، أخذ مكيلته. هذا نص مذهبه.

وقال ابن حنبل: لأنه يأخذ غير عين شيئه.

وقال هو وابن حنبل: لا يلزم البائع بذل الغرماء الثمن؛ تمسكًا بظاهر الخبر؛ وكما إذا أعسر الزوج بالنفقة فبذل أجنبى تمسكًا أو عجز المكاتب فبذل غيره الكتابة ولو دفعوا الثمن للبائع، لزمه قبوله؛ كما لو وفت الأموال.

وجوابه: أن الغرماء لهم حق فى أملاك المفلس وأمواله فلهم تحصيل مصلحتهم بإزالة ضرر البائع، ولا منة على المشترى؛ لأنهم ساعون لأنفسهم، بخلاف الأجنبى مع الزوج لاحق له فى بقاء عصمة المرأة وتلحق المنة الزوج بقبول النفقة، فالزوج مع ذلك معيب عند المرأة بخلاف المشترى مع البائع.

وظاهر الخبر إنما أوجب أخذ المبيع؛ صونًا للمالية، فإذا ضيقت عملنا بموجب عقد البيع المتقدم، وهو أولى؛ لما فيه من الجمع بين الموجبات.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا اختلط عسل أوزيت بمثله، أخذ مكيلته.

قال ابن القاسم: وإن خلطه بشيء اشتراه من آخر، تحاصا فيه.

قال محمد: فلو صب[١] زيت هذا فى جريرة هذا، فهما أحق بذلك من سائر الغرماء، يتحاصان فى [ثمنهما][٢] بقدر قيمة هذا من قيمة هذا، ليس لهما غيره إن

(١) فى ط: صبت.

(٢) فى ط: ثمنها.

أحبا، إلا أن يعطى الغرماء ثمن الجميع أو ثمن أحدهما ويدخلون مدخله مع الآخر، وتوقف فيها محمد.

قال مالك: ولو أخذ مقدار دنانيره أو بزه إذا رقمه وخلط جميع ذلك ببينة بجنسه، قال أشهب: ذلك فى العروض من البز ونحوه، وهو فى العين أسوة الغرماء.

قال أصبغ: إلا أن يخلطه بغير [نوعه][1]؛ كصب زيت الزيتون على زيت الفجل، أو القمح النقى بالمغلوث أو المسوس، فهو فوت.

قال ابن القاسم: لو تزوجها بعبدين فقبضتهما ثم فلست وطلقها قبل البناء، فهو شريك فيهما.

قال ابن المواز: إن لم يوجد إلا نصف المهر، فإن كان هلاكه بغير سببها، فليس له إلا نصف ما وجد ولا محاصة له بما بقى، أو بسببها حاصص بنصف ما ذهب.

ولو باع أمة فجنت، لم يأخذها حتى يدفع الجناية ولا يرجع بها؛ كالعيب يدخلها.

قال مالك: ولو تعورت أو اعورت بغير جناية، يأخذها بجميع حقه، أو يترك ويحاصص، ولو اعورت بجناية جان فأخذ نصف قيمتها ليأخذها بنصف حقه إلا أن يعطيه الغرماء نصف حقه ويحاصص بالنصف الآخر فى الوجهين، أو يتركها ويحاصص بجميع الثمن.

وكذلك الثوب يخلق أو يدخله فساد إلا أن يكون ذلك فاحشًا جدًّا، فلا يكون له أخذه.

قال عبد الملك: أما الثياب تنقطع لا أدرى، وأما الجلود تقطع نعالًا فهو فوت، قال: ومتى [فات][2] الشيء هكذا فلا أرى له أخذه، ولو بنيت العرصة دارًا، أونسج الغزل ثوبًا، كان شريكًا للغرماء بقيمة العرصة من قيمة البنيان، وكذلك الغزل ونحوه، بأن يكون قيمة العرصة الثلث والبنيان الثلثان يكون شريكًا بالثلث، قاله مالك وأصحابه.

قال أصبغ: من اشترى زبدًا فعمله سمنًا أو عمل الثوب قميصًا أو الخشبة بابًا أو ذبح الكبش، فذلك فوت ليس للبائع إلا المحاصة، بخلاف العرصة والغزل؛ لأنه

(١) فى ط: نوع.
(٢) سقط فى ط.

عين قائمة زيد فيه غيره.

وقال محمد: والجلد يدبغ والثوب يصبغ يكون شريكًا للغرماء بقدر ما زاد ذلك، ولو رقع الثوب شارك بما زاد الترقيع، ولو كانت رقعة أو رقعتين وأكثره خياطة فتوقع فهو بذلك أسوة الغرماء.

وقيل: لو قيل: إن ما قابل الصبغ يشارك به، وما قابل أجرة يده يحاصص به، لكان أشبه.

قال محمد: وزراعة القمح وطحنه فوت.

قال أشهب: إذا وجده عند الصباغ أو القصار قد فرغ، أعطاه الأجرة وأخذه وحاصص الغرماء بما أعطى يقوم مقام الصباغ.

وقال محمد: لا شيء له فيما فداه به إن سلّمه إليه ليس له إلا ثوبه، زاد الصبغ أو نقص، أو يتركه ويحاصص؛ كالعبد يجنى ثم يفلس، فيفديه، فإذا باعه فلا شيء له مما فداه به.

ولو وجد سلعته مرهونة، خير بين فدائها وأخذها بالثمن كله، ويحاصص بما فداها به، إلا أن يشاء الغرماء أخذها ويعطوه جميع الثمن ويحاصصهم بما فداها به فيها، وفى جميع مال الميت أو يدعها ويحاصص.

قال محمد: والفرق بينهما: أن الرهن من جهة المشترى والجناية لم يتعلق بذمته شيء يلزمه.

قال محمد: إذا جنى العبد فالغرماء مخيرون فى فدائه بدية الجناية وثمنه الذى لبائعه، ثم يبيعونه ويستوفون من ثمنه دية الجناية، فإن عجز عنها لم يكن لهم من بقية الجناية شيء يزيد ويكون لهم عليه ثمنه الذى دفعوه لبائعه.

قال: فإن فضل بعد دية الجناية شيء أخذوه فى ثمنه الذى دفعوه فداء، فإن فضل بعد ذلك فضل فبين غرمائه من دينهم، فإن مات أو نقص بعد أن فدوه فلا شيء على المفلس فيما فدوه به، وإن شاءوا افتكوه من بائعه بالثمن، ومن المجروح بالجناية وبزيادة ولو درهما يحطونه عن الغريم من دينهم، ليكون العبد لهم، فإن مات كان دينهم عليه إلا الزيادة التى زيدت على الدية.

قال ابن القاسم: وإن أبق العبد فأراد المحاصة بالثمن على أنه إن وجده أخذه ورد ما حاص به، ليس ذلك له إما أن يرضى بطلب العبد ولا شيء له غيره، أو المحاصة

إلا أن يرضى الغرماء بدفع الثمن ويطلبوا الآبق وليس ذلك شراء للآبق؛ لأن أداءهم على المفلس، وللمفلس نماؤه ونقصه.

قال أشهب: له ترك المحاصة وطلب العبد، فإن وجده فهو أحق به، وإلا رجع فحاص الغرماء.

وقال أصبغ: ليس له أخذه بثمنه؛ لأنه شراء آبق، فإن باعه المشترى وسلمه فحاص البائع بالثمن ثم رد بعيب، فللبائع أخذه ورد ما أخذ؛ لأنه عين ماله.

ولو وطئها المشترى لا يمنع الوطء الأخذ، بخلاف الاعتصار وهبة الثوب؛ لتعين الضرر ههنا.

قال ابن القاسم: إذا رده المشترى بعيب لم يقبض ثمنه من البائع ولوجد ثمنه بعينه بأن يكون الثمن كتابًا أو طعامًا أو نحوهما، فهو أحق به.

وقال سحنون: إذا فسخ البيع فى البيع الفاسد وفلس البائع، فالمبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفى ثمنها؛ لأنها عين ماله.

وقال محمد: لا يكون أحق؛ كالرد بالعيب، وللخلاف فى الرد بالعيب.

قال بعض القرويين: لو أخذ سلعة بدين أخذًا فاسدًا لا يكون أحق بها، وقد يمكن أن يكون تأخيره لمكان ما أخذ منه فوجب أن يكون أحق بها؛ لأنه ترك الطلب حين الملاء لظنه الوفاء بما أخذ.

واختلف فى المحال بثمن السلعة، هل يكون أحق كأصله أم لا لأنه لم يبع شيئًا؟ واختار محمد الأول؛ على قاعدته: أن من فدا شيئًا قام مقامه.

وعند ابن القاسم وأصبغ: لا يقوم مقامه، وفى الإقالة - أيضًا - خلاف.

قال اللخمى: إذا كانت السلعة من قرض ففى الموازية: لا يكون أحق؛ لأن الحديث إنما جاء فى البيع، وقال الأصيلى: أحق؛ كالبيع.

ولو اشترى رجل الدين الذى هو ثمن السلعة ثم فلس المشترى للسلعة، لم يكن مشترى الدين أحق، ولو تصدق بالدين لكان المتصدق عليه أحق، فإن باع ثمرة مزهية ووقع الفلس بعد يبسها فهل يكون أحق بها؟ خلاف عن مالك.

وأحق بها أحسن؛ لأنها عين ماله؛ ولأنها من ضمان البائع حتى تصير إلى اليبس.

وفى الجواهر: الخلاف مبنى على أصلين:

أحدهما: الأخذ هل هو نقض للبيع من أصله أو ابتداء للبيع؟ فعلى الأول: يصح الأخذ، وعلى الثانى: يختلف فيه، بناء على أصل آخر: وهو ما أدت إليه الأحكام من الذرائع هل يعتبر أم لا؟

قال اللخمى: وإذا وجد المشترى عيبًا بالمبيع فلم يسترجع حتى فلس البائع فاختلف: هل يكون أحق به يرده ويباع له أو يكون أسوة؟ وعلى أنه أسوة، قيل: يخير بين حبسه ولا شىء له من العيب أو يرد ويحاص. وقيل: له حبسه، ويرجع بقيمة العيب؛ لتضرره بالرد والمحاصة، وهو أبين.

وإن كان البيع فاسدًا ولم يقبض الثمن حتى فلس المشترى، فإن لم يفت رد البيع وإن فات بحوالة سوق أو عيب، فللبائع أخذه أو يحاص بالقيمة، ولو قبض البائع الثمن ثم فلس قبل فوت السلعة، اختلف: هل يكون المشترى أحق بها أو تباع له فى ثمنه أو يكون أسوة؟ وعلى القول الآخر: يخير بين الرد والمحاصة بثمنه، أو يمسك وتكون عليه القيمة أو يحاص بالثمن.

ومتى نقص المبيع بفعل آدمى وأخذ له أرشًا[1] ثم ذهب ذلك العيب كالموضحة، أخذ المبيع دون الأرش؛ لعدم النقص.

قال محمد: فإن يعد لقيمته رده وأخذ الباقى بما ينوبه من الثمن يوم البيع، وحاصص بنقص الجناية؛ كسلعتين[2] وجدت إحداهما، فإن نقصت بآفة سماوية:

فلمالك قولان: أخذ الباقى بجميع الثمن، أو يحاصص ويأخذها بقيمتها، أو يحاص بالثمن، فإن كان من سبب المشترى؛ كالثوب يخلق، فخلاف تقدم نقله، والقياس فيه فض الثمن على الذاهب والباقى، وسقط ما ينوب الموجود، ويضرب بما ينوب الذاهب؛ لأنه شىء قبضه منه.

ويختلف: إذا هرم العبد عنده، هل يكون له أخذه قياسًا على وجدان العيب بعد الهرم هل يكون ذلك فوتًا أم لا؟ وعلى القول بأخذه، يختلف: هل يضرب بما نقص؛ كما قيل فى العيب؟ وكبر الصغير فوت، وكل ما يمنع من الرد بالعيب فإنه يمنع الأخذ فى الفلس.

---

(١) فى ط: أرش.
(٢) فى ط: كساعتين.

تمهيد:

فى الجواهر: يشترط فى العوض تعذر أخذه بالفلس، فمتى وفى المال فلا رجوع.

وقال عبد الملك: متى دفع إليه الغرماء الثمن من أموالهم، أو من مال المفلس، فلا رجوع.

ومنع ابن كنانة من أموالهم، بل من مال المفلس.

وقال أشهب: ليس لهم أخذها بالثمن حتى يزيدوا عليه زيادة يحطونها عن المفلس، ثلاثة أقوال.

وللمعوض شرطان:

وجوده فى ملك المفلس، فلو هلك أو خرج عن ملكه بكتابة فلا رجوع.

والثانى: عدم التغير، فلو زرعت الحنطة أو خلط جيد بردىء، أو مغلوث أو مسوّس، أو يعمل الزبدة سمنًا، أو يقطع الثوب قميصًا، أو الخشبة بابًا، أو يذبح الكبش، فقد فات، ولو أضيف إليه صنعة كالعرصة تبنى، والغزل ينسج، لا يمنع الرجوع، ويشارك الغرماء بقدر قيمته من قيمة البنيان والنسج.

ومن شرط المعاوضة: التمحض للمعاوضة، فلا يثبت الفسخ فى النكاح والخلع والصلح؛ لتعذر استيفاء المقابل، لكن لو طلقها قبل البناء وفلست وعرف الثمن بيدها، أخذ نصفه ويثبت حق الزوج فى الإجارة والسلم.

فرع: فى الكتاب: إذا ولدت الأمة عنده ثم ماتا[1] وبقى ولدها ثم فلس، فللبائع المحاصة بجميع الثمن أو أخذ الولد بجميع دينه؛ لأنه نشأ عن ماله، وليس بعض المبيع حتى يتقسط الثمن بإعساره إلا أن يعطيه الغرماء جميع الثمن فيأخذوا الولد لاندفاع الضرر.

ولو وجد الأمة أو الغنم تناسلت، فله أخذ الأولاد؛ كالرد بالعيب، والغلة للمبتاع، كصوف جزه، ولبن حلبه، وثمرة جناها، إلا أن يكون الصوف يوم الشراء على ظهور الغنم قد تم، وفى النخل ثمر مؤبر، فهو كالمبيع له أخذه.

وقال غيره: إن جذ تلك الثمرة وجز ذلك الصوف، فهما كالغلة؛ لأن أصلهما

---

(١) فى ط: مات.

غلة.

وفى النكت: يستوى بيع الولد وموته، بخلاف الأم؛ لأنه بيع.

قال التونسى: لم يذكر إذا أخذ الصوف هل يغرم الجزاز أم لا؟ وإذا أخذ الثمرة فى رءوس النخل دفع السقى والعلاج، وفيه اختلاف.

وإذا بيعت وحدها بغير أصل بعد زهوها ثم فلس بعد يبسها، فقيل: يأخذها؛ لأنها معينة.

قال ابن يونس: قال فى العتبية: سواء ماتت الأم وبقى الولد أو مات الولد وبقيت الأم لا يأخذ الباقى إلا بجميع الثمن أو يترك ويحاص، وإن باع المشترى ولد الأمة أو الفرس أو غيرهما، يأخذها بجميع الثمن أو يحاص؛ لأن الأم هى المبيعة والولد كالغلة، وإن باع الأم قسم الثمن عليهما، وأخذ الولد بحصته ويحاص بحصته الأم، قاله كله ابن القاسم.

قال غير واحد: يقوم الولد اليوم أن لو كان يوم العقد فتصرف حصته.

قال ابن القاسم: ولو قتل أحدهما فأخذ له عقل، فهو كالموت، ولو باعها بولدها كانا كسلعتين بيعتا فى صفقة فى وجود ما وجد منهما، قاله مالك.

قال ابن القاسم: والرد بالعيب بخلاف الفلس.

ولو باع الولد المتولد عنده ورد الأم بعيب، لم يكن له ذلك إلا أن يرد معها. أثمانهما ولو باع الأمة وبقى الولد ثم ظهر على عيب كان بها، لم يرجع بشىء إلا أن يرجع عليه أو يرجع إليه.

وقال يحيى فى التفليس: إن جذ المشترى تمرًا رد مكيلته، أو رطبًا رد قيمته، يريد: إذا فات، وله أجرة سقيه وعلاجه.

قال ابن حبيب: لا نفقة له؛ لأنه إنما أنفق على ماله وما أصابه منه.

قال ابن يونس: وإنما يصح قول يحيى هذا فى الرد بالعيب، وأما فى التفليس فلا يكون للبائع مثلها ولا قيمتها؛ لأن عين شيئه قد ذهب، فيتعين الثمن ويحاص بما ينوب الثمرة.

قال ابن القاسم: لو اشترى غنمًا عليها صوف ثائرة فجزه وباعه فيأخذ البائع الغنم ويقوم الصوف بقدره من الرقاب يوم البيع لا بما بِيعَ فيحاص الغرماء بذلك، ولو باع

شجرًا بلا ثمر وأبرت وأخرى فيها ثمر لم تؤبر[١] فهو للبائع، أو أبر فللمبتاع، وإذا جذ التمرة[٢]، افترق المأبور عن غيره عند ابن القاسم: المأبور: للبائع أخذه، وغيره: كالغلة لا ترد، وإن ابتاع دارًا فدخلت غلتها، لم تكن غلتها له.

وفى العتبية: ما اكتسب العبد عند المبتاع فلم ينتزعه حتى فلس، فللبائع أخذه.

وعن ابن القاسم: إذا ابتاع عبدًا بماله إلى أجل فذهب ماله بانتزاع من السيد أو استهلاك من العبد أو غيره، فإن أخذ العبد فلا شىء له غيره، أو يتركه ويحاص.

وإن هلك العبد وبقى المال فليس له أخذ المال وهو أسوة الغرماء؛ لضعف مال العبد.

وقد قال مالك: إن ذهب مال العبد فى الثلاث لا يرد بذلك، ويرد بالعيب ولا شىء عليه من المال إلا أن يكون انتزعه منه.

وعن مالك: إذا باع تمر حائط [برطب] فيبس فى النخل عند المشترى، لا يأخذه البائع؛ لأنه أعطى رطبًا وأخذ تمرًا، وهو يحرم يدا بيد فكيف إلى أجل؟

وقال أشهب: له أخذه، إلا أن يعطيه الغرماء الثمن على القاعدة؛ لأن هذا أمر أدت إليه الأحكام وهو عين شيئه، كما يمتنع بيع الآبق ويأخذ العبد إذا أبق.

قال: وكذلك القمح يطحن، والشاة تذبح، والزبد يعمل سمنًا، ونحوه، يمنع أخذه كالرطب بتمر؛ لأنه قمح بدقيق وزبد بسمن.

وفى الجواهر: عن الشيخ أبى القاسم السيورى: إذا ولدت الأمة له أخذ الباقى منهما بحسابه.

نظائر:

قال العبدى: تؤخذ الثمرة فى خمسة مواطن:

فى الفلس ما لم تزايل الأصول، والشفعة، وفى الاستحقاق، فإن يبست فلا تؤخذ فيهما، والبيع الفاسد، والرد بالعيب ما لم تطب فللمبتاع.

نظائر:

الغلة للمشترى فى خمسة مواضع:

---

(١) فى ط: يؤبر.

(٢) فى ط: الثمرة.

فى الفلس، والشفعة، والاستحقاق، والبيع الفاسد، والرد بالعيب.

فرع: فى النوادر: إذا قال المشترى للغرماء إما أن تضمنوا السلعة، أو دعوا البائع يأخذها، ليس ذلك له؛ لأن الأصل ضمانه منه.

وعن ابن وهب: إذا قال ذلك ثم حبسوها ودفعوا الثمن ضمنوها، ويحاسبهم بها المفلس فيما دفعوا عنها، وإن بيعت ففضلها له.

فرع: قال أصبغ: إذا اشترى من الغنم رقيقًا بأكثر من (دينه) ثم فلس وليس له غير ذلك الرقيق، فللغانمين الذين باعوه من الرقيق مقدار ما يفضل عن سهمه، أحق من الغرماء إن كان اشترى منهم مقدار ما صار لهم، أما لو أحيل عليه بمقدار ما زاد عنده، فالمحال أسوة الغرماء إذا اشترى من قوم معينين مما صار لهم خاصة بالقسم؛ لأنها ليست سلفًا بعينها إنما هى غنائم يبيعها السلطان.

فرع: قال: قال مالك: إذا اشترى طعامًا على الكيل أم لا، ثم فلس البائع قبل قبضه، فالمشترى أحق بالطعام؛ لأنه ليس فى الذمة.

فرع: فى الكتاب: الأجير على سقى زرع أو نخل أوأصل إن سقاه فهو أحق به فى الفلس حتى يستوفى، وفى الموت أسوة الغرماء، والأجير على رعاية الإبل، أو حلابها، أو علف الدواب، هو فى الموت والفلس أسوة الغرماء؛ لأن للأول أثرًا ظاهرًا بخلاف الثانى، ورب الحانوت والدار كغرماء مكتريها فى الموت والفلس؛ لأن أجرته فى الذمة، وجميع الصناع أحق بما أُسلم إليهم فى الموت والفلس؛ لأن أعيان صنائعهم فى المتاع، وكذلك المكترى على حمل متاع إلى بلد، أسلم دابته للمكترى، أو معها، ورب المتاع معه أو لا، وكذلك المكترى على حمل متاع وهو رهن كالرهن، ولأنه وصل على دوابه للبلد.

وفى التنبيهات: قوله: الصناع أحق بما فى أيديهم، مفهومه: أنهم لو دفعوه لأربابه، لم يكونوا أحق، وهو مروى عنه، وعنه: أنهم أحق وإن أسلموه؛ لأن فيه أعيان أعمالهم، وقوله: لأنه وصل على دوابه إلى البلد، يقتضى: أن السفينى كذلك،

وقال ابن القاسم: وهو أحق فى الموت والفلس والنخل مما يبقى للمساقى، فهو أحق فى الموت والفلس.

قال التونسى فى كتاب ابن حبيب: ما وضعه الصانع من الرقاع فى الثوب أو

خياطة فتق، إن كانت الرقاع الجل فهو أحق بالثوب، يقوم مرقوعًا وغير مرقوع ويكون شريكًا، وكذلك إن تنصفت الخياطة أو الرقاع، وإلا فهو أسوة؛ لأن الأقل تبع.

وقال محمد: هو أحق بما زاد مطلقًا، ويضرب ببقية الأجرة، وكل صناعة ليس عليها عين قائمة كالخياطة بغير رقاع، والقصارة فهو كالغرماء فى الموت والفلس.

قال محمد: والأجير يدرس الزرع ببقره أحق بالأندر؛ لأن الأندر لا ينقلب به صاحبه ولا يحتوى عليه، بخلاف من استعملته فى حانوتك وينصرف بالليل، ليس أحق فى الموت ولا الفلس، واختلف فى مكرى الأرض للزرع.

ففى المدونة: أحق فى الفلس خاصة؛ لأن الأرض هى المنمية للزرع، فأشبه بائع الزرع.

وقيل: أحق فى الموت والفلس، كبائع سلعة لم يسلمها فكأن يده ما زالت عن المبيع، وكذلك أجير الزرع: اختلف فيه بناء على المدرك المتقدم؛ لأن يده على ما أخرج، لم يسلمه أو يقال سلمه فى الأرض، وقيل بالفرق، فربُّ الأرض أولى فيهما، والأجير فى الفلس خاصة، لقوة استيلاء الأرض، وهما يقدمان على المرتهن فى الفلس، وإن مات المكترى قدم عليهما على القول بأنهما أسوة فى الموت، وانظر لو اكترى الأرض فزرعها بنفسه وسقى، ثم فلس بماذا يكون رب الأرض أولى بجميع الزرع مع المكترى نماه أم لا، ولو كان موضعه أجيرًا لشارك رب الأرض؛ لأن بالقدر الذى لو كان معه أجيرًا كان له قدر تنمية أرضه ويأخذ غرماء المكترى ما نماه.

وظهور الإبل حائزة لما عليها فى فلس أصحاب المتاع، كان أصحابها معها أو لا، بخلاف الدور إلا عند عبد الملك؛ لأن الإبل سيرها بالمتاع إلى البلاد تنمية.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا استأجر لزرعه للسقى فعجز فأجر آخر فرب الزرع والأجير الثانى أولى بالزرع، يتحاصان، وما فضل فللأجير الأول دون الغرماء؛ لأن بالثانى تم الزرع، كما لو رهنه فأحياه الراهن بماله، ثم عجز ثم استدان ثم فلس، يبدأ الأخير فالأخير.

وعن ابن القاسم: إذا حصد الوارث ودرس وزرع، فعجز فقام الغرماء فله أجرته.

وفى المدونة: إن اكترى دابة بعينها، فله قبضها بعد الفلس كعبد اشتراه، وفى

الكراء المضمون أسوة الغرماء، إلا أن يقبضها ويحمل عليها، فهو أولى، إلا أن يريد الغرماء بيع الظهر، ويضمنون كراءه فى ثقة فذلك لهم، وعنه كذلك إذا تكاروا الجمال وهو يديرها تحتهم أم لا، هم أحق لأنه كالتعيين، والفرق بينه وبين أجير علوفة الدواب أنه ليس له فى عين الدواب حق، بل فى الذمة، والفرق بين أجير العلوفة، وأجير السقى: أن الدواب قد ترعى وترحل بأنفسها، والأصول لا تشرب بنفسها.

وكل صانع يخرج عين العمل، كالصباغ يخرج الصبغ، والصيقل يخرج حوائج السيف، والفراء يرقع الفرو برقاعه، ثم يقبض ذلك ربّه، ثم يفلس، فينظر إلى قيمة الصبغ يوم الحكم هل نقص ذلك الثوب بذلك أم لا؟ فيشارك بذلك الصانع الغرماء؛ لأنها سلعته، إلا أن يدفع له الغرماء ما شرطه له المفلس، وإن لم يكن له غير عمله وسلمه، فهو أسوة الغرماء، وإذا سلم الصانع أحد السوارين فليس له إلا حبس الباقى على أجرة الباقى، وأجرة الآخر بقيت فى الذمة.

قال اللخمى: فإن فلس الصانع أو الصباغ أو الحائك أو الخياط، فلمستأجره المحاصة بقيمة تلك الصنعة، فما صار له خير بين أن يعمل له به، ويتم من عنده، ويتبع الصانع بالباقى، أو يأخذ ذلك من الأجرة التى أسلمها، ويتبع بالباقى، وتنفسخ بالباقى الإجارة؛ لأن تبعيض الخياطة والصبغ عيب، وإن كانت الإجارة فى عين الأجير، فمن له عليه مال أحق بماله، والمستأجر أحق بصنعته، ولا يدخل بعضهم على بعض، ثم يعمل لمستأجريه، الأول فالأول إلا أن يكون ثَمَّ عادة لتأخير بعضهم؛ لدخولهم على ذلك، أو جهل حالهم، فيقترعون، فإن فلس المستأجر، فالأجير أحق فى الموت والفلس؛ لأنها العادة، فإن لم تكن عادة فيختلف: هل يكون أحق بصنعته؛ لأنها بيده ولم يسلمها؟ أو كالغرماء؛ لأنه سلمها فى الثوب وفاتت فيه، ويختلف إذا مات ولا عادة كما تقدم.

وإذا كان الفلس قبل أن يعمل، خير بين الفسخ والعمل، ويكون كالغرماء وليس له العمل ليكون شريكًا بعمله، فإن عمل وسلم. فعن ابن القاسم فى نحو الخياطة، والقصارة، والصبغ: هو كالغرماء لتسليمه، وعنه: هو أحق بصنعته شريك بها لوجوده فى عين السلعة قائمة، وهل يشارك بقيمة الصنعة، وبما زادت، فإن لم تر فهو كالغرماء، قولان، والأول أصح.

ولو وجد البائع السلعة فى يد الصانع، فله دفع الأجرة وأخذ الثوب.

قال أشهب: ويحاص بالأجرة ويكون شريكًا بالصنعة.

وعن عبد الملك: الأجير على رعاية الإبل، وفى كل شىء يخلف الأجير به دون صاحبه، ويقوم مقامه، وهو أحق به فى الفلس والموت.

وكذلك المجاعل فى الآبق والبعير الشارد أو من توكل ليأتى بمال من العراق، وإذا فلس المكترى والكراء على ركوبه، فالمكرى أحق بإبله فى الفلس كان الكراء بعيرًا بعينه أو بغير عينه، ويختلف إذا كان الكراء على حمل متاع، وقد أبرزه له ولم يحمله.

ففى كتاب الرواحل: المكرى أحق به، وعلى قول غيره فى الإبل: إذا كانت غير معينة هو كالغرماء لا يكون أحق بالمتاع؛ لأن المتاع لا يتعين عند ابن القاسم، فإن فلس بعد بلوغ المتاع وكان صاحب الإبل يخلو بالمتاع ويحوزه فهو أحق به فى الفلس والموت، فإن لم يكن يحوزه فعند ابن القاسم: هو أحق به فى الفلس والموت إن كان صاحب الإبل أسلم إبله إلى المكترى؛ لأنه بلغ على إبله. وعلى قول عبد الملك كالغرماء لأنه لم يحزه ولم يخل به وهو أبين وقد يحمل قول ابن القاسم على زيادة السوق فى البلد الذى بلغت إليه أكثر من الكراء، فإن كان أقل لم يكن أحق إلا بتلك الزيادة فى الفلس دون الموت.

وقال (ش): المستأجر أحق بالدابة فى الفلس، كما قلناه.

وفى النوادر: قال ابن القاسم: إذا دفع غلامه لمن يعلمه إلى أجل معلوم، ففلس السيد فالمعلم أحق، إلا أن يعطيه الغرماء ما شرطه له السيد، لتقدم حقه قبل الفلس، وكذلك لو لم يعلمه شيئًا بعد، إلا أن يكون ينقلب بالليل إلى سيده، وكذلك المستأجر على بناء عرصتك من عنده مقاطعة؛ لأن ما وضعه فى العرصة كسلعة بعينها.

وقال سحنون: أجرة الأجير تقدم فى الفلس على الديون؛ لقوله عليه السلام: «أَعْطُوا الأَجِيرَ حَقَّهُ قبلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[1] وإذا اكترى دارا بدينارين فنقد دينارًا ثم فلس الساكن بعد سكنى نصف سنة، إن شاء رب الدار تركها وحاص بديناره الباقى،

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث (٢٤٤٣)، والطبرانى فى الصغير (١/ ٢٠)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٤/ ١٤٢)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٢٠)، والخطيب فى التاريخ (٥/ ٣٣).

أو يأخذ داره ويرد نصف ما انتقد حصة النصف الباقى عن السنة، ويأخذ باقى السكنى، ويحاص بنصف دينار بقيمة حصة ما مضى، إلا أن يعطيه الغرماء نصف دينار حصة باقى السكنى، ويحاص بنصف دينار باقى كراء ما مضى.

قال الأبهرى: قال مالك: لا يقبل إقرار الصناع بعد فلسهم هذه السلعة لفلان، أو هذا الغزل أو هذه السبيكة لإخلاله بحجر الفلس.

وعنه: يقبل؛ لأنها أمانات فلا تهمة كمال أنفسهم.

وإذا استدان فزرع، ثم استدان وقدم الآخر فالآخر، قدم الآخر على الجميع كان أول أو آخر؛ لأن به حصلت مصلحة المال، ويقدم الأجير الأخير على الأول؛ لأن بعمله وجد الزرع، فهو كواجد عين ماله، ثم الذى يليه فلو تكاراها فزرع واستأجر ثم رهن الزرع وقبضه المرتهن، بدئ بصاحب الأرض والأجير يتحاصان لوجدانهما عين مالهما، والفضلة للمرتهن؛ لأنه لم يوجد الزرع بأرضه ولا بعمله، ثم للغرماء ما فضل عن المرتهن.

قال مالك: وإذا فلس عامل القراض وفى يده أمتعة حاص بها الغرماء، إلا أن يثبت بالبينة أن هذا عين ماله فهو أحق به؛ لأن القراض حق من الحقوق فى يد العامل كحقوق الغرماء.

قال صاحب المقدمات: الأجير أحق بما بقى عليه من العمل فى الموت والفلس جميعًا وانتقضت الإجارة كالسلعة بيد البائع.

الحكم السادس: ضمان مالهم بعد الفلس.

قال صاحب المقدمات: قال أشهب: مصيبته من الغريم المفلس كان[1] عينًا أو عرضًا، ورواه عن مالك، وقاله (ش) وابن حنبل؛ لأنه عين ماله.

وعن مالك: ضمانه من الغرماء إذا احتجبه السلطان عينًا كان أو عرضًا، ورواه ابن القاسم عنه، وقال به: العين من الغرماء إن كانت ديونهم عينًا، وإن كانت ديونهم عينًا وماله عروض، فمن المفلس، وكذلك العروض المخالفة للدين والمماثلة منهم؛ لأنهم يتحاصون فيها من غير بيع.

وقال أصبغ: من الغرماء فى الموت ومن المفلس فى الفلس، فالأول مقيس على

---

(١) بياض فى أ.

الثمن يهلك فى المواضعة يكون ممن تكون الأمة له، والثانى مبنى على أن السلطان وكيل لهم، وقبض الوكيل قبض للموكل، والرابع مبنى على تعذر غير الغرماء فى الموت فيتعينون، وفى الفلس: الأصل ضمان المفلس للديون حتى تصل إلى أربابها.

وفى الجلاب: لو باع الحاكم ماله وقبض ثمنه فتلف الثمن قبل قبض الغرماء ضمنوه لتعينه لهم بالبيع.

وقال ابن عبد الحكم: من المفلس؛ لأنه الأصل.

وقال عبد الملك: ضمان الذهب ممن له عليه ذهب، وضمان الورق ممن له عليه ورق، وبالجملة فالخلاف مبنى على أن الأصل ضمان المفلس؛ لأنه ملكه، أو السلطان وكيل للغرماء، أو وكيله أو إذا كان المال يحتاج لبيع فحقوق المفلس باقية، وإلا فلا.

وفى النكت: قال بعض شيوخنا: إن كان الموقوف دنانير وحقهم دراهم لم يضمن الغرماء ما ضاع، وإنما معنى كلام ابن القاسم: فى العين الموقوف إذا كان من جنس حقوقهم التى يقبضونها وقوله: ولا يضمنون العروض يريد إذا كانت خلاف حقوقهم؛ وإلا فلا؛ لأنها على ملك الغريم حتى تباع.

الحكم السابع: قسمة ماله.

وفى الجواهر: يباع من ماله على نسبة الدين فإن اختلفت أجناسها من العين والعروض وطعام السلم، قوم لكل واحد قيمة دينه بثمنه يوم الفلس، ويقسم ماله بينهم على تلك الحصاص، ويشترى لكل واحد بما صار له سلعته، أو ما بلغ منها، ولا يدفع لأرباب الطعام ثمن الطعام؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وكذلك أرباب العروض، إلا أن يكون السلم عرضًا فى عرض لئلا يدخله سلف بزيادة أو ضع وتعجل.

فرع: فى الكتاب: يتأنى فى القسم إن كان معروفًا، وكذلك الميت، ويعزل لمن غاب نصيبه، وضمانه من الغائب.

قال ابن يونس: هذا اتفاق، والخلاف إنما هو إذا وقف المال للمفلس ليقضى منه غرماؤه، ولو طرأ غريم لم يعلم بعد ما وقف للأول لضمن له الأول قدر نصيبه من الموقوف، وإن علم هلاكه؛ لأنه لما كان ضامنًا له فكأنه قبضه، وإذا غرم الطارئ

بحصته رجع بمثل ذلك على المفلس أو الميت؛ لأنه قد استحق منه بخلاف وارث يطرأ على وارث وقد هلك ما بيد الوارث بأمر سماوى وثبت ذلك.

قال بعض القرويين: وكان ينبغى أن يكون الغريم الموقوف لا يضمن أيضًا للطارئ شيئًا، ولكن يحط ذلك القدر من الدين الموقوف، ويرجع بذلك الغريم الطارئ على الميت و المفلس.

والفرق بين الوارث والغريم: أن الغريم دينه من معاوضة، فما هلك فى يديه فهو منه، والوارث لم يضمن فى ذلك ثمنًا وداه، وكان ضمانه من الميت، فإذا طرأ وارث لم يرجع عليه بشىء؛ لأنه كأنه لم يقبض شيئًا والغريم لما كان هلاكه فهو كما لو وكله فوجب للغريم الرجوع ثم يتبعان ذمة المفلس.

فرع: فى الكتاب: إذا أراد بعضهم إيقاف ما ينوبه لم يأخذ الباقون منه شيئًا فى بقية دينهم، إلا أن يربح فيه، أو يفيد من غيره، فيضرب القائمون عليه فى الربح بما بقى لهم، والآخرون بما بقى لهم بعد الذى أبقوا بيده بقدر ما داينوه به، ثم يتحاصون مع الآخذ أولًا فى الربح و الفائدة كما تقدم، ولو كان فيما أبقوا فى يده وضيعة وطرأت فائدة من غير الربح، ضربوا فيها بالوضيعة وبما بقى لهم أولًا، وضرب فيها الآخذ أولًا بما بقى له، وإن كان ما بيده الآن عروضًا قومت، فما فضل فيها من ربح عن قدر ما أبقوا بيده، تحاصوا فى ذلك الربح أولًا بما بقى له والآخر بما بقى له بعد الذى أوقف بيده، فإن هلك جميع ما وقف بيده وطرأت فائدة، ضرب فيها الآخذ أولًا بما بقى له، وهؤلاء بجميع دينهم ما أوقفو بيده وما بقى لهم.

فرع: قال: إذا كان لعبده عليه دين لا يقسم له معهم؛ لأنه يباع لهم إلا أن يكون على العبد دين لأجنبى فيقسم له، وغرماؤه أحق بما نابه وما فى يده، ويتبعون ذمته بما بقى لهم، وتباع رقبته لغرماء السيد.

فى النكت: قال بعض القرويين: إن وقع له مثل الدين الذى عليه فأقل، أخذه أو أكثر لم يكن له ذلك.

قال أبو محمد: إذا بيع العبد لغرماء سيده، دخل فى ثمنه غرماء السيد، وغرماء العبد؛ لأن العبد أحد غرماء السيد.

قال ابن يونس: يقال إذا بيع دين السيد عشرون، للعبد على السيد مثلها، وعليه لأجنبى مثلها، وليس للسيد إلا العبد، فيقال من يشتريه وعليه عشرون، وعلى أن

ما وقع له فى الحصاص مع غريم سيده سقط عند مثله من دينه، فإن قال رجل بعشرين قيل له: يقع له فى الحصاص عشرة يقضيها، وتبقى عليه عشرة، فإن قال آخر: آخذه بثلاثين قيل يقع له فى الحصاص خمسة عشر يقضيها، وتبقى عليه خمسة.

وخالف ابن شبلون، وقال: يباع لغرماء السيد ولا يدخل معهم غرماء العبد.

وقيل: يضرب العبد مع غرماء سيده بجميع دينه، فإن وقع له مثل الدين الذى عليه فأقل، أخذه غريمه. أو أكثر رد الزائد لغرماء سيده.

فرع: فى الكتاب: يقسم للمجنى عليه جناية خطأ لا تحملها العاقلة، وإن كان عن غير معاوضة.

وفى التنبيهات: قيل الجراح التى لا يحاصص فيها، كالمأمومة، والمنقلة على أحد قولى مالك: لا تلحق بالخطأ ونحا إليه أبو محمد.

وقال غيره: العمد والخطأ سواء، وهو مضرور يدفع القصاص عن نفسه كالخلع والنكاح.

قال ابن يونس: وفى كتاب الصلح: من أحاط الدين بماله فجنى جناية عمد فصالح عنها بمال، للغرماء رده؛ لأنه من أموالهم.

قال بعض القرويين: لم ينكر فى كتاب الصلح إن صولح قبل قيامهم هل لهم الرد أم لا؟ ولعله إذا وقع فات.

فرع: فى الكتاب: يقسم للمرتهن زرعًا لم يبد صلاحه، ولم يحل بيعه عند الحصاص، فإذا حل بيعه، بيع وأخذ ثمنه إن كان مثل الدين فأكثر، ويرد الزيادة مع ما أخذ فى الحصاص للغرماء، وإن كان أقل فهو الذى كان يستحق الحصاص به ويرد الفاضل.

قال ابن يونس: وعلى هذا لو تزوجها بمائة ثم فلس قبل الدخول، فضربت فوقع لها خمسون، فطلقها قبل البناء فعلى ما تقدم، ولو تزوجها بمائة خمسين نقدًا وخمسين مؤجلة، وبيده مائة وعليه لرجل خمسون، فدفع لها الخمسين النقد، ثم فلس فضربت بالخمسين الباقية، فوقع لها خمسة وعشرون، ثم طلقها قبل البناء، لردت من الخمسين النقد التى كانت قبضتها خمسة وعشرين، ونظرت لو ضربت مع الغريم بخمسة وعشرين الباقية لها فى مال المفلس، وفى هذه الخمسة والعشرين التى ردت كم كان ينوبها من ذلك؟

مثاله: بيده مائة أعطاها الخمسين النقد، وبقيت بيده خمسون ففلس فضربت فيها بخمسين والغريم بخمسين، فوقع لها خمسة وعشرون ثم طلقها فردت خمسة وعشرين وتستحق أيضًا من المهر خمسة وعشرين، وقد كان يجب أن يضرب بها، فينظر ما كان يقع لها لو ضربت بخمسة وعشرين، والغريم بخمسين وذلك خمسة وسبعون[١]، فتأخذ [هى][٢] الخمسة والعشرين التى بيدها، ويبقى للغريم الخمسون التى بيده ولا ترد شيئًا.

فرع: فى الكتاب: للسيد مبايعة عبده المأذون، ويضرب بدينه مع غرمائه، وكذلك بدينه على مكاتبه، ولا يضرب بالكتابة فى موت ولا فلس لضعفها فى أصل المعاوضة.

فرع: قال: إذا ارتد ولحق بدار الحرب وعليه دين فقاتل وقتل وفتحت البلاد، فالغريم أحق بماله من الغانمين؛ لأنه متعد بخروجه لدار الحرب.

قال التونسى: جعل الباقى يخمس، ولم يجعله كله فى بيت المال، كمال المرتدين لأجل القتال عليه من المسلمين فأشبه الغنائم، ولو عدا العدو على بيت المال، ثم غنمنا ما عدا عليه يخمس لأنه ليس له مالك معين، وقيل: إذا قدم الحربى إلينا فداين ثم مضى لبلده ثم غنم ماله: أن دينه لا يكون فيما كان ببلد الحرب بل فيما ببلد الإسلام؛ لأنه على ذلك عومل، ويصير ما بأرض الحرب مملوكًا للجيش بقيمته، فإن فضل عن دينه شىء من هذا المال الذى ببلد الإسلام بعث إلى ورثته إذا قتل فى دار الحرب؛ لأنه لم يملك رقبته فيملك ماله، ولو أسر لكان ماله الذى فى بلد الإسلام فيئًا للجيش الذى أسره[٣].

فرع: قال اللخمى: من له مؤجل حاصص بعدده إن كان عينًا، وإلا بمثله لو كان حالًا، وما صار له فى الحصاص اشترى له به مثل صفة دينه، وإن تغير سوقه بغلاء قبل أن يشترى له لم يرجع على أصحابه بشىء؛ لأنه لو ضاع جميعه لم يرجع عليهم، وإن رخص السعر اشترى الجزء الذى نابه فى الحصاص، ودخل معه أصحابه فى الفاضل كما طرأ للمفلس.

---

(١) فى أ: خمسة وتسعون.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: أسروه.

وقال عبد الملك: لا يدخلون معه؛ لأن من أصله أن المصيبة منه إن هلك قبل الشراء.

وعن ابن القاسم: إذا كان الدين عرضًا، وقال صاحبه: لا أتعجله قبل الأجل، أجبر على أخذه لما فيه من براءة الذمة.

وعن ابن نافع: إن أعطى حميلًا إلى أجل لم يقبل منه، وقد حل بالتفليس، والقياس قبوله لحصول الأمن ومن بيده رهن يوفى حقه لا يحل دينه.

وقال عبد الملك: يحاص صاحب الرهن بجميع حقه إلا أن يتابع الرهن، يريد إذا لم يجز بيع الرهن. ومتى كان لا يجوز بيعه كالثمر والزرع قبل بدو الصلاح ضرب المرتهن بدينه، فإذا بيع وفيه وفاء رد ما أخذ، فإن كان دينه مائة وبيع بخمسين والذى أخذ فى الحصاص خمسون، فالباقى من دينه بعد ثمن الرهن خمسون، فيمسك من الذى أخذ فى المحاصة خمسة وعشرين؛ لأنها التى كانت تنوبه لو بيع الزرع له، ويرد خمسة وعشرين فيضرب فيها بخمسة وعشرين؛ لأنها الباقى من دينه.

فرع: قال: إذا لم يقبل إقرار المفلس ثم داين آخر لم يدخل الأول؛ لأنه رضى بالتفليس، وحقه على زعمه فيما أخذه أصحابه، فإن صح إقراره ولم يرض بالتفليس ولم يدخل فى المحاصة، قال محمد: يكون له ذلك.

وقال ابن القاسم: لا يدخل مع الآخر؛ لأنها أموال الآخرين.

فرع: قال: إن أبقى أحد الأولين نصيبه فى يد المفلس، قال ابن القاسم: يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى كمداينة حادثة.

وفى كتاب ابن حبيب: بقدر أصل دينه، وهو أحسن إذا لم يكن أراد فلسه، وإنما قام به لئلا ينتفع به أصحابه.

فرع: قال: إذا قسم مال المفلس ثم وجد فى يده مال من معاملة، وقال الأولون: فيه فضل نأخذه كشف السلطان، فإن تحقق الفضل أقرَّ فى يده ما يوفى الآخرين، وقضى الفضل الأولين، وإن كان من فائدة ولم يعامل بعد الفلس أخذه الأولون، وإن عامل اقتسم الفائدة الأولون، والآخرون يقدر الباقى لهم، وإن كان قائم الوجه لم يفلس، فالأولون أحق بالفائدة؛ لأن محمله فى المعاملة الثانية على الوفاء، وإن قضى الفائدة الآخرين، فللأولين أخذ مثل ما قضى مما فى يده من المعاملة الثانية، وإن تبين فلسه فى المال الباقى تساوى الأولون والآخرون فى الفائدة إن قاموا، فإن

لم يقوموا حتى قضى أحد الفريقين أو بعضهم، مضى على أحد قولى مالك فى قضاء من تبين فلسه؛ لأن الحجر الأول قد ذهب، وبقيت اليد فى البيع والشراء والاقتضاء.

وقال عبد الملك: إذا داين آخرين ثم أفاد مالاً، فالأولون أولى به ما لم يقع فلس ثان وهو فى يديه؛ لأن محمله فى المداينة الثانية على الوفاء.

وقال (ش): إذا فك حجره ثم داين آخرين فحجر عليه، سوى بين الفريقين، وخالفه ابن حنبل وخصص الآخرين؛ لأنه عين مالهم.

فرع: قال: قال ابن القاسم: تضرب الزوجة بما أنفقت على نفسها.

قال سحنون فى الدين المستحدث: ولا تحاص إذا كان الدين قبل الإنفاق لضعف المعاوضة فى النفقة؛ لأن المرأة مخيرة بين طلب الطلاق وبينها، والديون عينتها أسبابها.

وفى الموازية: تضرب فى الفلس دون الموت، لإمكان استدراك بقية الدين فى الفلس، لبقاء إمكان الاكتساب، وقيل: لا تضرب فيها لضعف سببها.

وعن ابن القاسم: تضرب بصداقها فى الحياة فقط.

وعن ابن القاسم: لا يضرب بنفقة الأبوين ولا بنفقة الولد فى فلس ولا موت؛ لسقوط نفقة القرابة بالإعسار.

وعن أشهب: يضرب للولد مع الغرماء، وقاله أصبغ فى نفقة الأبوين إلا أن يكون جرت بحكم وتسافت وهو ملىء فيضرب بها فيهما، ويختلف على هذا، هل يحاص بالجنايات؟

وفى المدونة: يحاص بها ويحاص بدية الخطأ إذا فلس أحد العاقلة على القولين.

قال صاحب المقدمات: متى كان الدين فى الذمة عن عوض قبض، كان يتمول أم لا، [و] حوصص به كأثمان السلع المقبوضة، وأروش الجنايات، ونفقات الزوجات للمدة الماضية، ومهور الزوجات المدخول بهن، وما خولعت عليه من شىء موصوف فى الذمة، وعن المقبوض الذى لا يمكنه دفع العوض عنه ودفع ما يستوفى منه ككراء دار بالنقد، أو يكون العرف النقد ففلس قبل قبض الدار، أو سكن بعض السكنى حاصص عند ابن القاسم فى المدونة بكراء ما بقى من السكنى إذا شاء أن يسلمه، وقياسه إن فلس قبل السكن، فللمكرى إسلامها ويحاص الغرماء

بجميع الكراء، وهذا إنما يصح عند أشهب أنَّ قبض أوائل الكراء قبض الجميع، فيجيز أخذ الدار المكتراة من الدين، وقياس أصل ابن القاسم يحاص بما مضى، ويأخذ داره ولو لم يشترط النقد ولا كان عرفًا لوجب على المذهب المتقدم إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة، وكلما سكن شيئًا أخذ بقدره.

أما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه، كرأس مال السلم إذا فلس المسلم إليه ففى الموازية: يدفعه ويحاص الغرماء، ولا يكون أحق به إذ ليس برهن، وفيه نظر؛ لأن بالتفليس حل السلم، فللمسلم إليه إمساك رأس المال، وقياس أصل ابن القاسم ألا يلزمه أن يدفعه ويحاص الغرماء، ولو كان رأس مال السلم عرضًا لكان له أن يمسكه على القولين، وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه، كالسلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل تسليمها، خير بين إمساك السلعة أو يسلمها ويحاص الغرماء بثمنها اتفاقًا.

وأما ما لا يكون له تعجيل العوض[١] كسلم دنانير فى عرض، فيفلس قبل دفع رأس المال وقبل حلول الأجل، فإن رضى المسلم إليه تعجيل العوض والمحاصة جاز إن رضى الغرماء، وإن امتنع أحدهم حاص برأس المال فيما وجب للغريم من مال، وفى العروض التى عليه إذا حلت، فإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها الآن جاز، فإن فلس المسلم قبل حلول السلم فهو برأس المال أسوة الغرماء بما عليه من السلم، وليس له إمساكه، ويكون أحق به على مذهب ابن القاسم، وله ذلك على مذهب أشهب الذى جعله كالرهن، فإن فلس بعد دفع السلم وهو قائم جرى على خلاف ابن القاسم وأشهب فى العين هل يكون أحق بها من الغرماء أم لا؟ ويحاص بمهور الزوجات قبل الدخول، ولا تخير المرأة كما يخير بائع السلعة فى سلعته إذا فلس المبتاع قبل التسليم، لتعذر الخيار فى النكاح للمرأة فى حله، ولأن الصداق ليس بعوض للبضع حقيقة بل شىء أوجبه الله تعالى على الرجال، بدليل وجوبه أجمع بالموت قبل الدخول، وهذا أصح الأقوال، ويجب ألا تحاص إلا بالنصف على قولهم لا يجب بالعقد إلا النصف، فإن حاصت بالجميع قبل الدخول ثم طلقها قبل الدخول قيل ترد ما زاد على النصف، وقيل: تحاص الآن بالنصف، فيكون لها نصف ما صار لها بالمحاصة وترد نصفه.

---

(١) فى ط: العرض.

قاله ابن القاسم، والأول قول ابن دينار، فإن طلقها قبل التفليس ولم تقبض من صداقها شيئًا، فإنها تحاص بالنصف، وإن قبضت جميعه ردت نصفه وحاص الزوج به غرماءها، وإن قبضت النصف قبل التفليس وطلقها قبله قال عبد الملك لا ترد منه شيئًا.

وقال ابن القاسم: لها منه النصف وترد النصف وتحاص به الغرماء، فإن طلقها قبل التفليس وهو قائم الوجه ثم فلس لا ترد شيئًا؛ لأخذها ما تستحقه قبل الفلس، إلا أن يكون النصف المدفوع معجلًا والآخر مؤجلًا، فترد [نصف][1] ما قبضت، وإن كان طلقها قائم الوجه ما لم يتأخر فى ذلك ويرضى الزوج بترك الرجوع عليها، ولو دفعه إليها بعد الطلاق فلا ترد منه شيئًا؛ لأنه لم يدفع لها إلا ما وجب عليه، وأما الهبات والصدقات ونحوها فلا تحاص بها؛ لأن الفلس يبطلها كالموت، وأما النحل التى تنعقد عليها الأنكحة، والحمالات بالأثمان فيحاص بها لأنها بعوض.

وفى نخل النكاح خلاف، وكذلك فى حمل الثمن بعد العقد. والصداق بعد العقد.

وفى الجلاب: قال ابن القاسم: تحاص المرأة بصداقها فى الحياة دون الممات.

وقال غيره: تحاص[2] فيهما:

وفى شرح الجلاب: قيل لا تحاصص فيهما؛ لأنها ليست معاوضة حقيقية.

فرع: فى الجواهر: أجرة الحمال والكيال، وما يتعلق بمصلحة جمع المال يقدم على جميع الديون.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: تحاص المرأة بما أنفقت فى غيبة زوجها. لقيامها عنه بواجب دون ما أنفقته على ولدها؛ لأنها مواساة بغير عوض، وليس على الولد إعطاؤها النفقة من ماله؛ لأنه كان فقيرًا، ولو كان غنيًا لكان غير محتاج لنفقتها، فهى متبرعة.

الحكم الثامن: طروء غريم بعد القسمة.

وفى الكتاب: إذا طرأ غريم بعد القسمة لم يعلم به، رجع على الغرماء بنصيبه فى

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: تحاصص.

المحاصة يتبع كل واحد فى ملائه وعدمه، والموت مثل الفلس فى ذلك لمساواته لهم فى أصل الاستحقاق.

قال التونسى: ولو سكت بعضهم وهو يرى المال يقسم فلا قيام له عند ابن القاسم ودينه فى الذمة، كما لو أعتق وسكت الغرماء، ولو سكت بعض غرماء الميت له الرجوع، والفرق خراب ذمة الميت.

قال ابن يونس: قيل يوقف للساكت حقه كالغائب، إلا أن يتبين تركه.

وقيل ذلك إذا كان حاضرًا، ولم يشهد القسمة، فلو حضر وشهدها فلا رجوع اتفاقًا.

قال مالك: إذا لم يقم الباقون حتى داين آخرين، فلمن لم يقم من الأولين تفليسه ومحاصة من داينه بعد التفليس؛ لأنهم لم يفلسوه أولا، فأشبه من داين قبل التفليس.

وعن مطرف: لا يقوم الأولون الساكتون؛ لأن سكوتهم إسقاط حق المطالبة.

وعن ابن القاسم: إذا قسم الورثة والغريم حاضر القسمة لا يقوم بعد ذلك؛ لأن ذلك إسقاط، إلا أن يكون له عذر.

وفى الجواهر: يرجع الغريم على كل واحد بما ينوبه لا على مليء بمعدم ولا حى بميت، وكذلك يستحق المبيع هذا إذا كان الميت غير مشهور بالدين، فإن كان مشهورًا بذلك، أو علم الورثة بالدين ثم باعوا وقضوا بعض الغرماء، فلمن بقى الرجوع على الورثة بما يخصه، ثم يرجع الورثة على الآخذ، وحيث رجع الورثة أخذ المليء عن المعدم ما لم تتجاوز حصته ما قبض الوارث بخلاف الغرماء.

فرع: قال ابن يونس: قال أشهب: لو ترك ألف درهم، عينًا وعبدًا، وعليه لغريمين لكل واحد ألف درهم، فحضر أحدهما فأخذ الألف فقدم الغائب وقد هلك العبد، فإن كانت قيمته ألفًا فلا رجوع، ولا ينظر إلى قيمته يوم مات أو مات السيد، بل أدون قيمة مضت عليه من قبض الغريم إلى موت العبد؛ لأن من يوم القبض تعين الغريم وضمانه، فإن كانت قيمته خمسمائة رجع على قابض الألف بمائتين وخمسين، وحسب العبد على الغائب، وإن اختلفا فى القيمة صدق الطارئ؛ لأنه محسوب عليه، فلو باع الوصى العبد بألف وقضاها للحاضر، ثم تلفت الألف العين فلا رجوع للطارئ، كما لو كان المال كله عينًا فوقف نصيب الغائب، فلو رد العبد

بعيب بعد تلف الألف التى عزل فقدم الغائب بيع العبد ثانية للحاضر، فإن نقص ثمنه رجع بنقصه على الغائب، إلا أن يكون أتى للعبد وقت من يوم قضى بثمنه يسوى فيه بالعيب ألفًا، فلا يرجع على الغائب؛ لأنه فى ذلك الوقت يعتبر مستوفيًا، ولو بيع بألف فأخذها الحاضر ثم أخذ الغائب الألف ثم رد العبد بعيب، فإن كانت بلغت قيمته بالعيب ألفا لم يرجع على القادم، ولو كانت قيمته خمسمائة رجع على القادم بمائتين وخمسين، وإنما جعل أشهب موت العبد وتلف المال من الغائب فى الموت، وأما فى الفلس فمن المفلس لبقاء المحل قابلًا للضمان، ولو طرأ وارث على وارث، فقال مالك وابن القاسم: هو كالغريم يطرأ على الغريم، وموصى [له] على الموصى له بجامع الاستحقاق.

وقال ابن عبد الحكم: يقاسم الطارئ المليء فيما أخذ كأن الميت لم يترك غيرهما، ثم يرجعان على سائر الورثة بما يعتدلون به معهم، فمن أيسر منهم قاسموه ثم رجعوا على الباقين هكذا حتى يعتدلوا.

قال محمد: والغريم يطرأ على موصى له، كذلك يأخذ المليء إلى مبلغ حقه؛ لأنه مبدأ عليه ليس له معه شيء حتى يستوفى دينه، بخلاف وارث يطرأ على وارث، أو غريم على غريم؛ لأنه مساو لمن يطرأ عليه.

وروى أشهب أن يساويه فيما يجد بيده لهذا.

ورأى ابن القاسم: أن يرد عليه ما أخذ من حصته فلا يرجع عليه بما قبض غيره لعدم تعديه بقبضه.

قال محمد: إذا طرأت امرأة وقد أخذت امرأة الثمن والابن ما بقى ووجدت المرأة عديمة والابن مليئًا رجعت على الابن بثلث خمس ما صار إليه؛ لأن ميراثه سبعة أثمان وللطارئة نصف الثمن فأضعفها تصير خمسة عشر لها سهم، وترجع هى والابن على الأولى بنصف ما أخذت فيقتسمان ذلك على خمسة عشر للابن أربعة عشر وللطارئة سهم، هذا على مذهب أشهب.

وعند ابن القاسم: يقسم سهمها على ثمانية تأخذ من الابن سبعة أثمان نصف الثمن، ومن المرأة ثمن نصف الثمن.

قال محمد: ولو قالت الطارئة معى نصيبى أو تركت حقى لكما، انتقضت القسمة الأولى بين الابن والمرأة، ويقتسمان ما بأيديهما خمسة عشرة سهمًا، للزوجة سهم

وللابن ما بقى، وإذا طرأ وارث أو غريم على بعض الورثة وهو ملىء وباقيهم معدم، فقال: تلف منى ما أخذت، لا يصدق فيما يغاب إلا ببينة للتهمة، وإلا صدق ما لم يتبين كذبه، مثل أن يذكر موت العبد، أو الدابة بموضع لا يخفى بخلاف السرقة والإباق، وهرب الدابة، يصدق مطلقًا مع يمينه.

فرع: فى النوادر: قال عبد الملك: إذا أخذ غرماء الميت أو المفلس دينهم، وبقى ربع أو غيره فهلك، ثم طرأ غريم لا رجوع له على الأولين إن كان الذى ترك وفاء للطارئ، ولو كان الورثة أخذوه فى الموت، رجع الطارئ عليهم أملياء أو عدماء وإن كان واحد مليئا أخذ منه كل ما أخذ ويرجع هذا الوارث على بقية الورثة ببقية حقه على أن ما تركه الميت ما أخذوا، وما بقى بيد هذا إن بقى شىء، ولا يتبع الملىء المعدم ويضمنون ما أكلوا أو استهلكوا، بخلاف ما لا سبب لهم فى هلاكه، وما باعوه بلا محاباة فإنما عليهم الثمن، وما جنى عليه عندهم فلهم أجمعين أرش ذلك، كانت القسمة بأنفسهم أو بحاكم، وقاله كله مالك وابن القاسم.

قال ابن القاسم: ولو كان القاضى أمر ببيع الرقيق الوصى [أو][1] وصى الوصى إليه فاشترى الورثة منهم كغيرهم، ولم يكن بمعنى القسمة ضمن بعضهم لبعض ما فات، واتبعهم الغرماء بالأثمان، ولو كان قسمة لم يتبعوا.

قال أصبغ: لا أرى ذلك، وقسمتهم وقسمة السلطان أو الوصى سواء؛ لقول مالك فى الحالفة بعتق أمتها فباعتها ثم ورثتها هى وإخوتها فاشترتها فى حظها، ثم فعلت المحلوف عليه لم تحنث إن كان قدر ميراثها، وشراؤها كالقسمة.

فرع: قال: إذا فلس وله ألف درهم ومائة درهم، فأخذ الغرماء الألف وأوقفت المائة فهلكت، ثم طرأ غريم له مائتان فهى من الطارئ، وإن أنفقها المفلس فهى فى ذمته له ولا يرجع على الأولين بها ويرجع بالمائة الأخرى عليهم فى الألف بجزء من أحد عشر، قاله عبد الملك، وهو بعيد، بل أصل ابن القاسم يرجع فى الألف ومائة بجزئين من اثنى عشر فيأخذ مائتين إلا سدس مائة، فيحسب عليه المائة الذاهبة، ويرجع بخمسة أسداس مائة، قاله عبد الملك.

وكذلك لو بيع بعض ماله فكان كفاف دين الغرماء وكان الظن أن جميع ماله

---

(١) سقط فى ط.

لا يفي بدينهم، فأخذ من قام حقه وبقي بيده الباقي، فلا يرجع الطارئ على الأولين، وإن هلك الباقي إن كان كفاف دينهم.

وقال أصبغ: إنما هذا في الميت؛ لعدم ذمته أما المفلس: فحق الطارئ في ذمته لا يضمن الهالك، كما لو حضر وامتنع من القيام، فهلك ما بيع من الإيقاف لضمن ذلك من قام بتفليسه.

قال عبد الملك: ولو أبق عبد فاقتسم الغرماء، ثم قدم الآبق، فمات أو أبق ثانية ثم طرأ غريم: حاص الأولين بما بقي له بعد قيمة العبد، ولو لم يقدم العبد لحاص بجميع دينه، ولو رجع على الأولين، فلم يأخذ منهم شيئًا، ثم قدم العبد لرجع طلبه في العبد دونهم إلا أن يبقى له شيء بعد ثمن العبد، وكذلك كل ما يظهر للغريم من عطية وغيرها قبل أخذ الطارئ من الغرماء شيئًا، وليس هذا مما يقطعه الحكم.

قال أصبغ: إذا حكم بالرجوع على الغرماء بالحصاص مضى، ولم يرجع في الطارئ كحميل الوجه يقضي عليه بالمال، ثم يأتي الغريم قبل قبض الطالب.

ومنع ابن حبيب إلحاقه بالحميل، ولو وهب له أبوه بعد أخذ الغرماء أو ورثه فعتق عليه لرجع الطارئ الذي دينه بتاريخ دين الأولين عليهم؛ لأن الهبة لا ترد، وينفذ عتقه على الغرماء؛ لئلا يبطل مقصود الواهب بخلاف شرائه أو أخذه في دينه، فإنه يباع للغرماء. ولو حلف بحرية عبد إن اشتراه قبل الدين أو بعده، وبعد اقتسام ماله، ثم اشتراه فعتق عليه، إن لم يكن يوم العتق مليئًا بحق الطارئ: رد عتقه وأخذ منه الطارئ دينه وعتق ما فضل، وإن نقص: رجع بما نقص على الغرماء ولو ملكه بهبة أو ميراث: فكما تقدم في الأب، ولو ظن أن ماله كفاف دينه، فقسم فحدث له هبة أو ميراث أو دين أقر له به، ثم تلف ذلك من يديه: فلا يرجع الطارئ على الأولين لاتساع ماله بما هلك، ولو اقتسموا دينهم ببينة فقام الطارئ عليهم بمائة، فرجع شاهدان، كانا شهدا لبعض الأولين بمائة لرجع عليهم أجمعين، ولا يختص بمن رجعت بينته ثم يرجعون على الشاهدين الراجعين بالمائة وفيهم الذي رجع شاهداه.

الحكم التاسع: حبسه إذا لم يثبت إعساره

وفي الكتاب: لا يحبس إلا المليء المتهم بتغييب ماله، وإلا فيستبرأ، وللحاكم حبسه قدر استبرائه أو يأخذ له حميلًا، فإذا ظهرت براءته أطلق، ومتى تبين عدم

الملىء أو المتهم، أطلق من غير تحديد ولا يلازمه رب الدين، وقاله (ش) ؛ خلافًا لـ (ح).

وكذلك وافقنا (ش) فى سماع بينة الإعسار فى الحال.

وقال (ح): حتى يحبس مدة يغلب على ظن الحاكم عدم ماله، ولو كان له مال لظهر.

وجوابه: أن البينة لا تسمع إلا إذا كانت تعلم حاله بالخبرة الباطنة، فلا معنى لحبسه، ووافقنا ابن حنبل فى جميع ذلك.

ويحبس أحد الزوجين لصاحبه، والولد بدين أبويه، ولا يحبسان له؛ لأنه عقوق، ولا يحلف الأب، فإن استحلفه فهو جُرحة على الابن، ويحبس الجد، والأقارب، والنساء، والعبيد، والذمة، والسيد فى دين مكاتبه، ولا يحبس المكاتب بالعجز عن الكتابة؛ لأنها ليست فى الذمة ولكن يتلوم له.

وفى التنبيهات الإلداد، واللداد: الخصومة، قال الله - تعالى -: ﴿وَتُنذِرَ بِهِۦ قَوۡمٗا لُّدّٗا﴾ [مريم: ٩٧] من لديدى الوادى، وهما جانباه، كأنه يرجع من جانب إلى جانب، لما كان يرجع من حجة إلى حجة، وقيل: من لديدى الفم، وهما جانباه لإعمالهما فى الكلام فى الخصومة، أو من التلدد: وهو التحير؛ لأنه يحير صاحبه بحجته.

وقوله حميلًا بالوجه لا بالمال، ويقضى على صاحب الدين به، والمتهم بإخفاء المال حميلًا بالمال دون الوجه، إلا أن يحتاج للخروج من السجن لمنافعه، ويرجع فيؤخذ بالوجه فقط ومن عرف بالناض لا يؤجل ساعة، ويؤجل صاحب العروض ما يبيع عروضه على حالها، وهو ظاهر الروايات؛ نفيًا للضرر عنه، وقيل: تباع بحينها؛ تغليبًا لحق الطالب، وغير المعروف بالناض فى تحليفه على إخفاء الناض قولان للمتأخرين، وقيل: إن كان من التجار حلف، وإلا فلا. مبنى على مشروعية يمين المتهم.

وعن ابن القاسم: لا يلزمه حميل، حتى يبيع، ولا يسجن، وأكثرهم على الحميل والسجن، وقاله سحنون.

وفى النكت: أصل السجن إجماع الأمة، وقوله تعالى: ﴿وَمِنۡهُم مَّنۡ إِن تَأۡمَنۡهُ بِدِينَارٖ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيۡكَ إِلَّا مَا دُمۡتَ عَلَيۡهِ قَآئِمٗاۗ﴾ [آل عمران: ٧٥] فإذا كان له ملازمته

ومنعه من التصرف، كان له حبسه والحبس ثلاثة: حبس التلوم والاختبار، إذا لم يتهم فى تغييب المال، وللتهمة أو اللداد فحتى يتبين عدمه، ولأنه نفى معلومًا له، فحتى يخرج ذلك المال، ويعطى الدين.

قال عبد الملك: المجهول العدم أو المتهم بتغييب ماله: أقل حبسه فى الدريهمات اليسيرة نصف الشهر، ولا يحبس فى كثير المال أكثر من أربعة أشهر، وفى المتوسط شهران؛ لأن ثلث العام اعتبر فى الإيلاء، فلا يزاد عليه.

قال بعض شيوخنا: لا يحبس الوالد إلا فى نفقة الولد الصغير؛ لأن ذلك للحاكم لا للصغير، فلا عقوق.

قال صاحب المقدمات: حبس التلوم والاختبار: هو الذى قال فيه عبد الملك: فى الدريهمات نصف شهر، وفى الكثير أربعة أشهر، وفى المتوسط شهران، وأما الملىء المتهم: فحتى يثبت عدمه، فيحلف ويسرح، وأما من أخذ أموال الناس، وقعد عليها، وادعى العدم، فتبين كذبه: فأبدًا، حتى يؤدى أو يموت فى الحبس.

وقال سحنون: يضرب بالدرة المرة بعد المرة، حتى يؤدى أو يموت؛ لأنه الجانى على نفسه، وقاله مالك، والقضاء عليه فى هؤلاء الذين يرضون بالسجن؛ ليأكلوا أموال الناس ولا يليق خلاف هذا.

وقد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور ولا يمكن الملد المتهم من إعطاء حميل إلا حميلًا فلزمه الغريم و لا يسقط الغرم عنه إثبات المطلوب العدم وإن أقام بينة بالعدم لم يترك، قاله سحنون.

وإن سائل الطالب أن يعذر إليه فى الشهود فيعاد للسجن إن قدح فى البينة، ويستحلف إن لم يقدح، ثم يسجن، وليس قوله مخالفًا لقول ابن القاسم.

قال ابن يونس: قال محمد: قال مالك: إذا شهدت بينة أنه احتج يحبس ولا يعجل سراحه، وكيف يعرفون أنه لا شىء عنده.

وفى التلقين، وفى الجواهر: مدة الحبس غير مقدرة؛ بل لاجتهاد الحاكم.

فرع: فى الجواهر: من حل دينه، فسأل التأخير، ووعد بالقضاء: قال عبد الملك: يؤخره الإمام حسب ما يرجى له، ولا يعجل عليه.

وفى كتاب سحنون: إن سأل أن يؤخر اليوم ونحوه، ويعطى حميلًا بالمال: فعل.

فرع: فى المقدمات: يحبس الوصى فيما على الأيتام، إن كان فى يده لهم مال، وكذلك الأب إن كان عنده مال ابنه لم يعلم نفاذه؛ لادعائه خلاف الظاهر قاله ابن عبد الحكم.

فرع: قال: وليس لمن قال: لاشىء لى، أما من قال: أخرونى، ووعد بالقضاء: أخر قدر ما يرجى له، فإن تنازعا فى القدرة على الناض إن حقق الدعوى: حلف اتفاقًا، وإلا فعلى الخلاف فى يمين المتهم، فإن نكل: حلف الطالب، ولم يؤخذ المطلوب قليلًا ولا كثيرًا.

فرع: قال: فإن طلب تفتيش داره: فللمتأخرين قولان، وما وجد فى داره فهو ملكه حتى يثبت خلافه.

فرع: قال: إذا ثبت عدم الغريم أو انقضاء أمد سجنه: فلا يطلق حتى يستحلف ما له مال ظاهر، ولا باطن، ولئن وجد مالًا ليؤدين إليه حقه، ويحلف مع ثبوت عدمه؛ لأن الشهود إنما شهدوا له على العلم كالمستحق للعروض بشهادة الشهود يحلف: ما باع ولا وهب؛ لأن الشهود لم يشهدوا على القطع، بل باستصحاب الملك، فإذا حلف خلى سبيله حتى يتبين إفادته المال، فإن طلب تحليفه بعد ذلك أنه لم يفد مالًا: لم يكن له ذلك؛ لأنه قد استحلفه على ذلك؛ لئلا يغشه باليمين فى كل يوم وهذا فائدة قوله فى اليمين: لئن وجدت لوفيته حقه.

قال ابن يونس: كان أبو بكر وعمر - رضى الله عنهما - يستحلفان المعسر الذى لا يعلم له مال: أنه ما يجد قضاء فى فرض، أو عرض، وأنه إن وجد قضاء ليقضين، ففى التحليف مصلحة الطالب بالاستظهار، ومصلحة المطلوب بامتناع تحليفه بعد ذلك.

قال اللخمى: واليمين على من عرف ملاؤه فى الجامع.

فرع: قال: فإن شهدت بينتان بعدمه وملائه، ولم تعين البينة مالًا: ففى أحكام ابن زياد تقدم بينة الملاء، وإن كانوا أقل عدالة، ويحبس بشهادتهم حتى يشهد بأنه أعدم بعد ذلك، وهو بعيد.

والصحيح رواية أبى زيد: أن ذلك تكاذب، وتقدم بينة العدم؛ لأنها أثبت حكمًا، فيحلف ويسرح، والأخرى نفت الحكم وإنما تقدم بينة الملاء إذا تعارضتا بعد تحليفه وتسريحه؛ لأنها أثبتت حكمًا وهو سجنه.

وروى أبو زيد تسقط البينتان إذا استوتا فى العدالة، ثم إن كان متهمًا: حبس حتى يأتى ببينة على العدمْ أعدل من بينة الملاء، وإن كان إنما سجن تلومًا: أطلق.

فرع: قال التونسى: لا يخرج المحبوس للجمعة ولا العيدين، قاله ابن عبد الحكم واستحسن إذا اشتد المرض بأبويه، أو ولده، أو أخيه، أوبعض من يقرب من قرابته، وخيف عليه الموت - أن يخرج فيسلم عليه، ويؤخذ منه حميل بوجهه، ولا يفعل ذلك فى غيرهم من القرابات ولا يخرج لحجة الإسلام لتقدم الدين على الحج، ولو أحرم بحج، أو عمرة، أو نذر، فحنث فقيم عليه بدين: حبس، ويبقى على إحرامه، ولو ثبت الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة: استحب أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج، ثم يحبس بعد النفر الأول. ولا يخرج ليعين على العدو، إلا أن يخاف عليه الأسر أو القتل بموضعه، فيخرج إلى غيره. ويخرج لحد القذف؛ لتقدم الأعراض على الأموال ثم يرد، ولا يخرج إن مرض، إلا أن يذهب عقله، فيخرج بحميل حتى يعود عقله، ويحبس النساء على حدة.

وفى النوادر: يمنع المحبوس ممن يسلم عليه ويحدثه، وإن اشتد مرضه واحتاج إلى أمة مباشرة: جعلت معه حيث يجوز ذلك، وإن حبس الزوجان لا يفرقان إن كان الحبس خاليًا، وإلا فرقا، ولا يفرق الأب من ابنه ولا غيره من القرابات، بخلاف المرأة؛ لعظم النفع بها.

وإذا أقر فى الحبس أنه أجر نفسه ليسافر مع رجل، لم يخرج لذلك ولو قامت بينة وللمطالب فسخ الإجارة للسجن؛ لأنه بحكم حاكم، بخلاف غيره. وإذا أراد الزوج السفر بامرأته، فأقرت بدين، فأراد الغريم حبسها فى هذا البلد: حبست فى البينة والإقرار، إلا أن تتهم.

فرع: قال اللخمى: المعروف من المذهب حمل الغريم على اليسار من غير تفرقة بين الأحوال؛ لأنه الغالب ،والناس مجبولون على الكسب والتحصيل.

وعن مالك: أن من لم يتهم بكتم مال وليس يتاجر: لا يفلس ولا يستحلف، يريد: من هو معروف بقلة ذات اليد وكذلك ينبغى أن يعامل أرباب الصنائع كالبقال والخياط، يقبل قوله ولا يحبس، إلا أن يكون المدعى به يسيرًا مما عومل عليه فى صنعته أو أخذ عنه عوضًا أو حمالة؛ لأن الحميل قائل: أنا أقوم بما عليه، فهو إقرار باليسر. وكذلك الصداق يحمل فيه الرجل على حال مثله، فكثير من الناس يتزوج

وليس عنده مؤخر الصداق، وخصوصًا أهل البوادى وكذلك جناية الخطأ التى لا تحملها العاقلة.

وقال عبد الملك: إذا أعتق بعض عبد، وقال: ليس عندى قيمة الباقى: يسأل جيرانه ومعارفه، فإن قالوا: لا نعلم له مالًا، أحلف وترك.

قال سحنون: جميع أصحابنا على ذلك فى العتق، إلا فى اليمين فإنه لا يستحلف عندهم، وهذه المسألة أصل فى كل مال ما لم يؤخذ له عوض أنه لا يحمل فيه الملاء واللدد فإن الغالب التحيل للولد والقيام به.

فرع: قال: إذا حبس حتى يثبت فقره، ثم أتى بحميل له [جاز] ذلك عند ابن القاسم؛ لثبوت الإعسار، ومنع سحنون؛ لأن السجن أقرب لحصول الحق. وإذا غاب المتحمل عنه، وأثبت الحميل فقر الغريم برئ من الحمالة.

فرع: قال: تسأل البينة: كيف علمت فقره؟ فإن قالوا: نسمعه يقول: ذهب مالى وخسرت وما أشبه ذلك، لم تسمع هذه البينة، وإن قالوا: كنا نرى تصرفه فى بيعه، وقدر أرباحه، أو نزول الأسواق، ونقص رأس ماله شيئًا بعد شىء، وإن ذلك يؤدى إلى ما ادعاه - سمعت، ولو كان المطلوب فقيرًا فى مسائل: كمن طولب بدين بعد مناجمة، ويدعى العجز بعد قضاء ويأتى بمن يشهد بفقره وحاله لم يتغير عن يوم، ومن يطالب برزق ولده بعد طلاق الأم لم تسمع بينته بالفقر؛ لأنه بالأمس كان ينفق فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة، إلا أن تشهد بينة بما يقل حاله.

فرع: قال: وإذا حلف بعد البينة، قال مالك: يقام من السوق من يعمل لإتلاف أموال الناس، وقال عبد الملك: لا يقام للناس.

فرع: قال: الأمين على النساء فى الحبس امرأة مأمونة لا زوج لها، أو لها زوج معروف بالخير مأمون، ويحبسن فى موضع خال من الرجال.

فرع: قال: يحبس الوالد للولد فى صورتين: نفقة الولد الصغير، ودين على الولد، وله مال فى يديه إذا ألد عن تسليمه، إلا أن يكون المال عينًا وله مال ظاهر يقدر على الأخذ منه، فيؤخذ ولا يحبس. وإن ادعى الفقر كلف إثبات ذلك من غير حبس، بخلاف الأجنبى ويسأل عنه - بخلاف إن علم لدده والمال كثير ولم يوجد مال ظاهر يقضى منه حبس - وإن أشكل أمره، أو كان المطلوب يسيرًا، أو له قدر وهو حقير فى كسب الابن.

واختلف فى تحليفه له وحده إن قذفه، وفى القصاص إن قطعه، أو قتله، ففى المدونة: لا يحلف.

وفى الموازية: وهو بذلك عاق وترد شهادته، وقال: أرى إن كانت يمين تهمة بأنه أخذ أو كتم ميراث أمة: لا يحلف، إلا أن تكون التهمة ظاهرة فى ذى بال يضر بالولد، وإن كانت بسبب أنه يجحد ما داينه وله قدر: أحلف، ولا يحلف فى اليسير، ولا يحلف مطلقًا إذا كان الأب دينًا فاضلًا ويتهم الابن فى أذاه بسبب تقدم.

قال ابن القاسم: ويحد له، ويجوز عفوه عنه، وإن بالغ الإمام، ويقتص منه فى القطع، والقتل.

[وقال] أصبغ كذلك، إلا فى القتل إذا كان ولى الدم ابنه وهو أبين، وأرى عظيمًا حده وقتله وقطعه، وكذلك إن قام بالدم عم المقتول أو ابن عمه، أو يكون المقتول ليس بولد للقاتل، وهى مختلفة القبح، وأشكل من ذلك أن يقوم بالقصاص ابن أخ القاتل، فيريد القصاص من عمه وقد قال - عليه السلام -: «العَمُّ صِنْوُ الأَبِ»(١) وعدم تحليف الجد أحسن، خلافا للمدونة واختلف فى القصاص منه.

فرع: قال: ويحبس السيد فى دين مكاتبه، إلا أن يكون قد حل من نجومه ما يوفى بدينه، أو يكون فى قيمة المكاتب إن بيع ما يوفى، ويحبس المكاتب فى دين السيد، إذا كان الدين من غير الكتاب، ولا يحبس فى الكتابة إلاعلى القول أنه لا يعجزه إلا السلطان، وله سجنه إذا اتهمه بكتم المال طلبا للعجز.

فرع: قال: إذا أقر بالملاء ولدّ عن القضاء: فإن وجد له مال ظاهر قضى منه، وإلا سجن وإذا سأل الصبر؛ لإحضار الناض، وقال: ليس لى ناض: أمهل، واختلف فى حد التأخير وأخذ الحميل وتحليفه على العجز الآن - فقال سحنون: يؤخر [نحو] اليوم ويعطى حميلًا، وإلا سجن.

وقال عبد الملك: ذلك على قدر المطلوب من غير تحديد، قاله مالك، وقال: يجتهد فى ذلك الحاكم، ويؤخر الملىء نحو الخمسة أيام، ولم يلزمه حميلًا، وهو

---

(١) أخرجه من حديث أبى هريرة البخارى (١٤٦٨)، ومسلم (١١/ ٩٨٣)، وأحمد (٢/ ٣٢٢)، وأبو داود (١٦٢٣)، والنسائى (٥/ ٣٤) بلفظ: «ياعمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه» واللفظ لمسلم.

أحسن، ومتى أشكل الأمر لا يحمل على اللدد، وإن قدر على القضاء من يومه بيع ما شق عليه بيعه وخروجه من ملكه كعبده التاجر ومركوبه وما يدركه من بيعه مضرة أو معرة لم يلزمه بيعه؛ لأن الشأن من غير ذلك، قاله مالك.

فرع: فى الكتاب: إذا أراد بعضهم حبسه، وقال غيره: دعه يسعى: حبس لمن أراد حبسه إن تبين لدده؛ لأن حق الطالب مستقل.

قال ابن يونس فى الموازية: إن قل دين طالب السجن وكثر دين غيره: خير صاحب الكثير بين دفع اليسير لصاحبه، وبين أن يباع له مما بيده ما يوفى بدينه، وإن أتى على جميعه. فمن شاء حاصص مع هذا القائم ومن أخر: فلا حصاص له، وإذا سجن لمن قام وله دين وعروض أكثر من دين من قام: فلا يفلس ولا يقضى إلا لمن حل دينه، ثم لو تلف ما بقى بيده، ثم [قام] غريم: فلا يرجع على من أخذ حقه بشىء.

فرع: فى الكتاب: إذا أخرك بعض الغرماء بحصته لزمه ذلك، فإن أعدمت، وقد اقتضى الآخر حصته، فلا رجوع لصاحبه؛ لأنه أسقط حقه، ودخل على الغرر.

فرع: قال: إذا أديت دينه جاز إن فعلته رفقًا به وامتنع إن أردت الإضرار به، وكذلك شراؤك دينًا عليه تعنيتًا، يمتنع البيع.

قال صاحب النكت: وإن لم يعلم المشترى، قاله بعض الشيوخ، كما إذا أسلفت قاصدًا النفع، والمتسلف غير عالم، والبائع تلزمه الجمعة دون الآخر.

وقيل: إذا لم يعلم بإضرارك صح البيع وتحقق العقد، ويباع الدين على المشترى، فيرتفع الضرر، قال ابن يونس: وهذا أظهر.

فرع: فى الجواهر، من كتاب الوديعة: إذا ظفر صاحب الدين بجنس حقه، وقد تعذر عليه أخذ حقه: مثل أن يجحده وديعته، ثم يودع عنده: فهل له جحد هذه الوديعة فى الأولى؟ خمسة أقوال.

روى ابن القاسم فى الكتاب: المنع، والكراهة رواها أشهب. وقال ابن عبد الحكم: واستحبه عبد الملك؛ تخليصًا للظالم من الظلم.

والخامس: أن هذا كله إذا لم يكن عليه دين، فإن كان: لم يأخذ إلا حصته، وأصل هذه المسألة: ما فى الصحيحين أن رسول الله ﷺ جاءته هند أم معاوية - رضى الله عنها - فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وغنى لا يعطينى

ما يكفينى وولدى، إلا ما أخذت منه سرًّا وهو لا يعلم، هل على فى ذلك من شىء؟ فقال النبى - عليه السلام -: «خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[1]، وهو يدل على ذكر العيب عند الحاجة؛ لأنه - عليه السلام - لم ينكر عليها ذم الشح ومنع الحق، وعلى وجوب نفقة الزوجة والولد على الزوج والوالد قدر الكفاية؛ لقوله - عليه السلام -: «مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ» وعلى جواز قضاء القاضى بعلمه؛ لاكتفائه بعلمه - عليه السلام - عن البينة وعلى القضاء على الغائب؛ لأنه لم يكن حاضرًا.

وعلى أخذ جنس الحق وغير جنسه إذا ظفر به من الملك؛ لأنه -عليه السلام - أذن لها فى أخذ ما يكفيها، وهو أجناس من نفقة، وكسوة، وغيرها. وهذا إذن فى البيع واستيفاء الحق من غير جنسه؛ لأن الغالب فى الشحيح أن هذه الأجناس ليست عنده، ووافقنا (ش) على أخذ الجنس وغيره.

وقال سفيان وغيره: لا يأخذ [إلا] من جنس حقه.

وقال أصحاب الرأى: يؤخذ أحد النقدين عن الآخر دون غيرهما.

وقيل فى هذا الحديث: أن قوله - عليه السلام - من باب الفتيا، لا من باب القضاء؛ لأن القضاء يتوقف على استيفاء الحجاج من الخصمين، وحضور المدعى عليه؛ ليجيب ويناضل عن نفسه، ولم يكن شىء من ذلك ومتى دار تصرفه - عليه السلام - بين القضاء والفتيا فالفتيا أرجح؛ لأنه - عليه السلام - رسول مبلغ، وهو الغالب عليه والتبليغ فتيا، وينبنى على هذه القاعدة الخلاف فى المسألة، فإن قلنا: تصرفه عليه السلام ههنا بالفتيا: جاز لكل أحد الأخذ بالشفعة من غير حاكم، وإن قلنا: إنه تصرف بالقضاء: فلا يجوز لأحد أن يأخذ إلا بالقضاء؛ لأنه كذلك شرع، وهذه قاعدة شريفة بسطها فى باب إحياء الموات وغيره، يتخرج عليها شىء كثير فى الشريعة.

الحكم العاشر: فك الحجر عنه:

وفى الجواهر: إذا لم يبق له مال، واعترف بذلك الغرماء: انفك الحجر عنه، ولا يحتاج إلى فك القاضى؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

---

(١) تقدم.

وقال القاضى أبو محمد: لا ينفك حجر [عن] محجور عليه بحكم أو بغير حكم، إلا بحكم حاكم لاحتياج ذلك إلى الاجتهاد الذى لا يضبطه إلا الحاكم.

النظر الثانى: فى ديون الميت، وأحكام التركات:

وقد تقدم أن الديون تحل بالموت بخراب الذمة.

وفى الكتاب: إذا لم تف التركة بالديون، فأخذها الوارث أو الوصى، فقضاها بعض الغرماء، ولم يعلم ببقيتهم، والميت غير موصوف بالدين: فلا شىء عليه، ويرجع القادم على الآخذ بنصيبه من المحاصة؛ لأنه بذل غاية جهده وإن علم أن الميت موصوف بالدين: رجع القادم على الوارث أو الوصى بحصته؛ لأنه المتعدى، ويرجع المتعدى على الآخذ، قاله ابن القاسم وعنه: إذا صرف لبعضهم عالمًا بدين القادم ووجد الغريم معدمًا: رجع القادم على الوارث بما ينوبه من ذلك، ثم الوارث على الآخذ.

وفى النكت: قيل: هذا اختلاف من قوله، فرأى مرة الرجوع على القابض، ومرة على الدافع وقيل: ليس اختلافًا، بل هو مخير بين الوارث والوصى، وبين الرجوع على الغرماء أو لا.

قال ابن يونس: ليس بخلاف، بل هو التخيير المتقدم، وعلى ما رواه أشهب عن مالك فى الدين: عزلوا للدين أضعافه وباعوا ليرثوا: أن البيع باطل، وينقض وإن قضى الدين؛ لأنه بيع قبل قضاء الدين، فأشبه بيع يوم الجمعة أو تلقى الركبان، فإن لم يوجد مع الورثة ثمن فللغرماء أخذ السلع من أيدى المشترين، إلا أن يدفعوا قيمتها أو ثمنها أو نقصها إن كانت قائمة؛ لأن الغرماء لا حق لهم فى الأعيان - وإن لم يعلم الورثة، ولا كان موصوفًا بالدين مضى البيع، واتبع الورثة بالأثمان دون المشترى وإذا قضى الوارث الحاضر عالمًا بالعيب أو كان الميت موصوفًا بالدين، وخير الطارئ - كما تقدم - فيرجع على الوارث، ورجع على القابض: رجع عليه الطارئ بما ينوبه فوجد ما قبض قد هلك بأمر سماوى: غرمه الطارئ قدر ما ينوبه، كما لو وقف ذلك ليدفع للحاضر، ولم يعلم غيره فضاع لرجع الطارئ على الموقوف له بما ينوبه على القول بضمان الموقوف ممن وقف له، وهو فى الموازية.

وقال بعض القرويين: ضمان ما قبضوه منهم بمعنى أنه يسقط من دينهم، ويرجع الطارئ على ذمة الميت، كما لو هلك بيد الوارث وهو الجارى على الأصول.

وقال عبد الملك: إذا باع الوارث لقضاء من حضر عالمًا بالغائب: مضى البيع والقضاء فاسد، ويحاص الطارئ القابض، ولا يحسب عليه ما نقص بيد الوارث؛ لفساد القضاء.

قال اللخمى: إذا صرف الوارث أو الوصى عالمًا بالطارئ، والميت موصوف بالدين، فرجوع الطارئ على القابض أولى، بخلاف الغاصب؛ لأن الغاصب واهب، ومتى غرم لم يكن له على الموهوب له شيء، والوارث غير واهب، فإذا غرم رجع، فالبداية بمن لا يرجع أولى، إلا أن يكون الوارث معه ناض، والآخر يطول أمده أو ملد أو غاب، فيبتدئ بالوارث والوصى اتفاقًا.

فرع: فى الكتاب: إذا كانت التركة توفى الدين، فقضى الوصى أوالوارث بعض الغرماء ثم تلف ما بقى: لا يرجع الباقون على الآخرين؛ لأن الباقى كان وفاء لهم، ولو باع الوارث التركة، وقضى ديونه، وفضلت فضلة بأيديهم: اتبع القادم الوارث دون الغرماء، إن كانت الفضلة كفاف الدين، وجد الوارث مليًا أو معدمًا - وإن لم يكن كفاف دين القادم: اتبع الورثة بمثل الفضلة فى ملائهم وعدمهم فإن كان لو حضر نابه فى الحصاص أكثر من الفضلة: اتبع الوارث ببقية ما ينوبه بأن تكون التركة مائتين وخمسين، والدين ثلاثمائة لثلاثة لكل واحد مائة فأخذ الحاضران مائتين والوارث الخمسين، فلو حضر الغائب لنابه ثلاثة وثمانون وثلث، فله خمسون منها فى ذمة الورثة، وتبقى له ثلاثة وثلاثون وثلث يرجع بها على الغريمين بينهما نصفين، وإن كانت التركة كفاف دينهما فقبضاه لرجع عليهما بحصاصه فيها، فإن ألفاهما معدمين: اتبع ذمتهما دون الدافع من وارث أو وصى بما دفعه ولم يعلما بدينه.

قال ابن يونس: فى كتاب: «ابن حبيب»: للمفلس ألف ومائة: أخذ الغرماء الألف وهلكت المائة فى الإيقاف، أو سلمت له فأنفقها فطرأ غريم بمائتين: فإن كان تلفها فى الإيقاف: فهى من الطارئ، وإن أنفقها: فهى فى ذمته لا يرجع بشيء منها على الأولين ويرجع بالمائة الأخرى عليهم فى الوجهين على أن يحاصصهم فيما قبضوا بجزء من أحد عشر.

قال: والصواب محاصتهم بالمائتين، كما لو كانت المائة الذاهبة حاضرة، فما وقع له على ذلك وهو مائتان إلا سدس مائة، فيحسب عليه أنه قبض، وتدفع إليه

خمسة أسداس مائة، وعلى قول ابن حبيب: يدفعون أحد وتسعين إلا جزءا من أحد عشر، وذلك أنه لم تدخل المائة التى كانت وقفت بالحصاص، وذلك غلط.

وقال اصبغ: إنما يكون ما وقف من الطارئ فى حصته ولا يحسب عليه ما هلك، كما لو حضروا بالقيام فهلك ما بيع لهم فى الإيقاف لكان ضمان ذلك ممن قام بالتفليس دون من أبى أن يقوم.

قال اللخمى: إذا خلف مائتين، فقبض الحاضر مائة، وبقيت مائة بيد الوارث، فأكلها: ضمنها وإن ضاعت، وكان أمسكها لنفسه عالمًا بدين الطارئ: ضمن، قامت بينة بضياعها أم لا، وإن لم يعلموا بدينه، ولم يعلم ضياعها إلا من قولهم: فتكون من الميت؛ لعدم تعديهم لعدم تعين حق الغريم فى عين التركة.

وقال أشهب: يضمنون مع البينة؛ لأن الميراث بعد الدين فهم فى معنى المتعدين، وإن وقفت للغريم: فهى من الميت عند مالك وابن القاسم، وعند أشهب ممن وقفت له - وإن كانت التركة مائة وخمسين، فأخذ الحاضر مائة: رجع الطارئ على الورثة بخمسين، وعلى صاحبه بخمسة وعشرين، ثم يراعى فيها ما تقدم من كونهم قبضوا عالمين أم لا؟ وهل الغريم حاضر أو غائب؟ موسر أو معسر؟ وهل الخمسون قائمة أو فائتة؟ أكلوها أو ضاعت؟

وإن كانت التركة عروضًا، فباعها الوارث للقضاء مضى البيع، ويبيع الطارئ مع صاحبه إلا أن يكون الوارث عالمًا بدينه، أو الميت موصوفًا بالدين، فالجواب ما تقدم..

وإن باع لنفسه عالمًا بالطارئ أو غير عالم، والميت موصوف بالدين، وبادر بالبيع، فله رد البيع.

قال محمد: إلا أن يدفع المشترى قيمة ما نمى عنده، أو نقص يوم قبضه، فله ذلك ويتبع المشترى الوارث.

قال اللخمى: أو الوارث موسر، ولا بخس فى الثمن أو فيه بعد البخس ما يوفى الدين، فلا يرد، فإن لم يعلم الوارث بدين الطارئ ولا الميت موصوف بالدين. قال مالك: مضى البيع، ولا مقال للغريم على المشترى فى البيع ولا فى قيمته إن فات، بل مع الوارث؛ لقوة العقد بعدم تعلق حق الغريم بعين المبيع، وعدم علم الوارث بالغائب.

وعن غير ابن القاسم: له المقال فى المبيع إلا أن يفوت بعتق ونحوه، وإن فقد اتبع به من أخذه، ولا يفيته حوالة سوق، وإن باع الوارث للقضاء ولنفسه، قال عبد الملك: مضى البيع، والقضاء فاسد ويرجع الطالب على الغريم بما ينوبه، ولا يحسب عليه ما فى يد الوارث.

وقال مالك وابن القاسم: القضاء صحيح فيما ينوب الحاضر.

قال ابن يونس: قوله فى الكتاب إذا باع التركة، والميت غير معروف بالدين اتبع الغريم الوارث بالثمن دون المشترى، يريد: إذا لم يحاب.

وعن مالك: إذا كانت التركة ألفًا والدين مائتين، فباع الوارث بعض التركة لنفسه، وقال: فيما بقى كفاية، فهلك: لا يجوز بيعه؛ لأنه إنما باع لنفسه.

وعن ابن القاسم: تجر وصى الأيتام فى ثلاثمائة تركة أبيهم، فصارت ستمائة، فطرأ دين ألف: تدفع الستمائة فى الدين؛ لأنه لو أنفقها لم يضمنوه ولو أن الورثة كبار لا يولى عليهم، فتجروا فى التركة، وربحوا فليس عليهم إلا رأس المال: لهم النماء، وعليهم النقص.

وفى الكتاب: لو عزل الوارث الدين واقتسموا، فضاع: رجع الغريم عليهم فيما قبضوه، ولو عزله القاضى لكان من الغريم.

فرع: فى الكتاب: ليس للمريض أن يقضى بعض غرمائه؛ لأنه توليج، ويرد إذا كان من الدين يغترق ماله.

وفى التنبيهات: التوليج: المحاباة - من الولوج - لأنه يدخل فى ملك الآخر ما ليس منه، أو من الأولج: وهى ما يستتر به من الشعاب، والكهوف، ونحوها، فهو يستتر بظاهر إلى باطن له.

وفى النكت: قول غيره: له قضاؤه.

قال اللخمى: قضاؤه ستة أقسام: يصح فى خمسة، ويختلف فى واحد، فيصح إذا قضى ثمن سلعة بيد بائعها لم يسلمها بعد، أو أسلمها وهى قائمة العين لو لم يقبضه لكان أحق بها، أو مستهلكة والغرماء عالمون بفلسه، وتاركوه[1] للبيع والشراء، ولم يقوموا عليه أو كانوا على شك من اختلال حاله لأمور حدثت، أو كان ظاهر اليسر وعلم غرماؤه أنهم لو علموا بفلسه لم يفلسوه؛ لما يرجون من معاملته

(١) فى ط: وتاركونه.

لغيرهم، ويقضى مما يدخل عليه أو ليجبر الخسارة - ويختلف إذا كانوا لا يتركون الضرب عليه لو علموا.

وقد قال ابن القاسم: إذا اجتمع رأيهم على تفليسه، فبادر أحدهم فاقتضى منه: لبقيتهم مشاركته؛ لأنه كالمحجور عليه.

وقال أصبغ: لا يشارك؛ لعدم كمال الحجر.

فرع: فى الكتاب: إذا عزل الورثة دين الغريم، واقتسموا ما بقى، فضاع: رجع عليهم فى المقسوم؛ لتقدم الدين على الميراث، ولو عزله القاضى وقسم بين ورثة وغرماء: لم يرجع صاحبه؛ لتعينه له بحكم الحاكم.

فرع: قال: إذا تبرعت بضمان دين الميت: لزمك؛ لأنه -عليه السلام- لما امتنع عن الصلاة على الميت؛ لأجل الدين، فقام رجل فقال: دينه علىّ، فقال رسول الله ﷺ: «الآنَ بَرَدَتْ أو بَرَّدْتُمْ جِلْدَةَ صَاحِبِكُمْ»[1]، فلو لم يلزمه لما بردت جلدة الميت، فإن كان له مال: رجعت بذلك فيه، وإن لم يكن له مال، وقد علمت ذلك: لا ترجع، وإن ظهر للميت مال؛ لأن ذلك قرينة التبرع، والمعروف كله متى أشهدت لزمك عند مالك، وإن لم يقبض: كان هبة أو غيرها؛ لقول رسول الله ﷺ: «الْمُؤمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[2].

فرع: قال: من عليه دين فى صحته ببينة، أو بإقراره: لم يقبل إقراره فى مرضه بدين لوارثه، أو ذى قرابة، أو صديق ملاطف إلا ببينة؛ للتهمة، ويجوز للأجنبى؛ لعدم التهمة، ويحاص من دينه ببينة، أو بإقراره فى الصحة.

قال ابن يونس: إن أقر فى مرضه لأجنبى بمائة، ولابنه بمائة والتركة مائة: تحاصًا: فيأخذ الأجنبى حصته، ويدخل مع الوارث فى حصته بقية الورثة، إلا أن يجيزوه له، ولا حجة للأجنبى إن أقر لوارث؛ لأنه هو إنما أخذ بإقراره، ولو كان دينه ببينة: لم يحاصصه الوارث.

وإذا دخل الورثة مع الوارث: لا يرجع على الأجنبى عند ابن القاسم؛ لأنه أخذ ما يستحقه بمقتضى الوصية، ويرجع عند أشهب، فما أخذ: شاركه الورثة فيه، وإذا

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٣٣٠) من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) تقدم.

شاركوه: رجع على الأجنبى حتى لا يبقى فى يد الأجنبى شىء.

قال: وقوله: لا يبقى فى يد الأجنبى شىء: لا يقبل القسمة لقلته.

ويقول ابن القاسم: لو رجع الوارث لرجع الأجنبى على بقية الورثة إذا رجع عليه الوارث، فيقول: لا يرثون، ولى دين فيحصل المحال فينقطع أصل الرجوع، فإن كان معهم ثالث دينه ببينة: سقط الوارث واقتسم الأجنبى و المقر له وذو البينة المال، وكأنهم الثلاثة يتحاصون، فما صار للوارث: أخذه ذو البينة فشاركه فيه الآخر - فإن أقر لمن يتهم عليه ولمن لا يتهم عليه ولا بينة لجميعهم نفذ إقراره، فإن ضاق ماله تحاصوا: فما خص المتهم وهو وارث: شركه الورثة - أو غير وارث: كان له إن كان فى الورثة ولد، وإن كانوا كلالة: فهو للورثة دونه؛ لأنه يتهم عليهم. قاله ابن حبيب.

قال: وذلك إذا أقر له بماله كله، أو نحله، أما لو أقر بما أوصى له به لجاز فذلك جائز له، وقاله ابن القاسم.

فرع: فى النوادر: قال مالك: إذا باع أمين الوصى للغرماء، فتلف الثمن عنده: فلا ضمان عليه، وكذلك الوصى إذا أمره على الصحة: فإن قسم الوصى بين الورثة، ثم طرأ دين، وقال الورثة: تلف ما قبضنا: ضمنوا ما يغاب عليه دون ما لا يغاب، إلا أن يتلف بسببهم، ويغرم الكبار ما أنفقوه؛ لتقدم الدين على الميراث، وما أنفق على الصغار لا يتبعون به؛ لأنهم لم يباشروا إتلافه، وما ربح الوصى للصغار فى ذلك: دخل الغرماء فى أصله وربحه وما ربح الكبار فيه: لا يدخل الغرماء فيه؛ لأنهم ضمنوه، ولا يضمنون الحيوان، ولكن إن اشتروا بما قبضوا من الحيوان أو غيره حيوانًا، فهلك: ضمنوه؛ لخطأ تصرفهم فى مال الغرماء، ولو تجر الوصى للصغار أو المولى عليهم فيما ورثوا، فطرأ دين: فكله فى الدين؛ لأنه لو أنفقه عليهم لم يضمنوه هم، ولا الوصى.

وقال أشهب: يرجع عليهم أجمع فإن لم يكن عند الصغار شىء؛ لأنه أنفق عليهم: أخذ من الكبار، ورجع الكبار على الصغار بحصتهم، فإن لم يوجد عند الكبار - أيضًا - شىء: اتبع الغرماء الصغار، والكبار بقدر حصتهم التى ورثوا.

وقال أشهب: لو ترك مائتين، وولدين صغيرين، فدفع الوصى مائة كل واحد قراضًا، فصارتا أربعمائة، فطرأ دين أربعمائة: فلا تؤخذ إلا المائتان اللتان ورثاها،

وخالفه ابن عبد الحكم وقال: إن ترك كبيرًا أوصغيرًا. فأكل كل واحد مائته، ثم أفادا مالًا، وطرأت مائة على الميت: أخذت كلها من الكبير، ولا يرجع الكبير على الصغير، ثم إن طرأت مائة للميت: أخذها الكبير وحده؛ ليستويا فى الميراث - ولو تجر الوصى للصغير فى مائته، فصارت أربعمائة، ثم طرأ دين على الميت بمائة: فعلى الكبير خمسها، وعلى الصغير أربعة أخماسها، ثم إن طرأت مائة للميت: جعلت مكان المأخوذ: للكبير خمسها وباقيها للصغير، وأما إن طرأ وارث فلا يتبع كل واحد إلا بقدر حصته ولا يأخذ أحد عن أحد، وكذلك قاله مالك فى الموازية.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا باع الوارث الدار: رجع الوارث الطارئ فى الدار على الوارث البائع، مليئًا أو معدمًا عالمًا بالوارث أم لا، ويرجع المشترى على البائع بالثمن بخلاف الغريم يطرأ؛ لأنه لا حق له فى الدار عينًا؛ لأن للوارث إعطاءه الدين من غير الدار، أو فعل ذلك المشترى: نفذ بيع الدار، والوارث مالك لغير التركة ولا يكون ذلك فى الوارث ولا يباع عليه ملكه.

قاعدة: اختلف العلماء فى الميت إذا ترك مالًا، ودينًا، فقيل: هو على ملكه حتى يوفى الدين، وقيل: على ملك الوارث، وتقريره: أن سبب الملك الحاجة، إذ لو بقيت الأشياء فى الدنيا شائعة؛ لتقاتل الناس عليها، فالجنين لما كان ميتًا شرعًا، وهو بصدد الحاجة العامة فى حياته ملك الصدقة والأموال بالإجماع، والميت بعد الحياة لم تبق له حاجة عامة، فلم يملك - أو يملك لبقاء حاجة الدين - احتج النافى بقوله - تعالى -: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] فجعل الملك بعد الدين.

وجوابه: أن المغيّا هو المقادير لا المقدر: بمعنى أنه لما بين أن للزوجة الثمن قال: لا تعتقدوا أنه من أصل المال، بل من الذى يفضل بعد الدين، وهذه قاعدة أخرى وهى: أن اللفظ إذا سيق لأجل معنى لا يحتج به فى غيره، والآية سيقت لبيان المقادير، لا لبيان الأملاك.

وقال (ش): لا يصح تصرف الوارث قبل قضاء الدين، كالرهون.

فرع: قال: قال أشهب: إذا ترك ألف درهم، وعبدًا، وعليه دين لرجلين: لكل واحد ألف، وحضر أحدهما، وأخذ الألف، ووجد الغائب، وقد هلك العبد، فإن كانت قيمته ألفًا فى أعظم حالاته من يوم قبض الألف إلى موت العبد لا يوم القبض

ولا يوم موت السيد فلا رجوع له، وإن كانت أوفر قيمة مضت عليه خمسمائة: رجع القادم على الغريم بمائتين وخمسين، وحسب العبد على الغائب، وإن اختلفا فى قيمته صدق الطارئ إن لم تقم بينة، ولو باع الوصى العبد بألف فقضاها الحاضر، ثم تلفت الألف العين: فلا رجوع؛ لأن الجميع صار عينًا، وحصة الغائب منه - ولو رد العبد بعيب بعد تلاف الألف التى عزلت للغائب بيع ثانية لمن بيع له أولًا، إلا أن ينقص من ثمنه شىء، فيرجع على الغائب بما يصيبه، إلا أن يكون أتى على العبد وقت بعد القبض يسوى فيه بالعيب ألفًا، فلا يرجع، ولو أخذ الحاضر الألف الثمن، والغائب لما قدم الألف العين، ثم رد بعيب وقد بلغت قيمته ألفًا: لم يرجع الحاضر بشىء، ولو كانت قيمته خمسمائة: رجع على الطارئ بمائتين وخمسين.

فرع: قال: قال مالك وأصحابه: إذا أخذ الغرماء بقضاء سلطان أو وصى أو غيره: رجع الطارئ على كل واحد مما كان ينوبه بقدر ما عنده، ولا يتبع مليئًا بما عند المعدم، ولو بقيت فضلة قدر حق الطارئ: لم يرجع إلا على الورثة أملياء أم لا، من كل وارث كل ما صار إليه حتى يستوفى، ثم يرجع الوارث على الورثة علموا بالطارئ أم لا؟ وإن كانت الفضلة لا تفى بدينه حسبت عليه ورجع على الغرماء بما بقى له مما يصيبه فى المحاصة لو حضر، لا يتبع الملىء إلا بما عنده وما يرجع به على الورثة فيأخذ من الملىء منهم حقه من كل ما صار إليه.

فرع: قال: وكذلك موصى له طرأ على موصى لهم، ثم أخذوا وصاياهم وبقيت فضلة فيها نصيب الطارئ أخذها الورثة فإنها تحسب عليه، ولا يتبع بها إلا الورثة، وإن لم يكن فيما صار إليهم وفاء وصيته: رجع على أصحابه بما بقى يتبع كل واحد بما يصير عليه منه لا عن المعدم: مثل أن يوصى لثلاثة بمائة مائة، والثلث مائتان وخمسون: أخذ الحاضران مائتين والورثة خمسين، فحصة الطارئ ثلاثة وثمانون وثلث يحسب عليه منها عند الورثة، وخمسون يطلبهم بها، وعلى كل واحد من الموصى لهما سبعة عشر إلا ثلثا لا يأخذ مليئًا عن معدم وله أخذ الوارث الملىء بجميع ما أخذ من الخمسين، ثم يتبعان جميعًا بقية الورثة، وكذلك كل من يرجع على وارث من غريم أو موصى له يستوعب من الملىء جميع ما صار له، وأما غريم على غريم أو موصى له على موصى له: فالملىء كالمعدم، ولا يعطى الملىء حصة المعدم؛ لتعذر استحقاق كليهما والوارث لا يستحق إلا بعد الوصية فقبضه ضعيف،

وأما وارث على وارثين: فقال مالك وابن القاسم: كغريم يطرأ على غرماء، وموصى [له] على موصى [لهم] لاستواء الجميع فى سبب الاستحقاق: يقاسم الوارث الطارئ من وجد مليئًا بجميع ما صار إليه، كأن الميت لم يترك غيرهما، ثم يرجعان على الباقين: فمن أيسر: قاسموه، ثم يرجع هذا معهم، هكذا حتى يعتدلوا.

قال محمد: والغريم يطرأ على موصى لهم، أو ورثة: يأخذ المليء بجميع ما صار إليه، ومتى قال الوارث: تلف منى ما أخذت: صدق فيما لا يغاب عليه، إلا إن تبين كذبه.

فرع: قال: لو ترك ولدين وعبدين، فأخذ كل واحد عبدًا: إما قسمة أو بيعًا، فمات أحد العبدين، ثم طرأ أخ: قال ابن القاسم: أما القسمة فباطلة، ويدخل جميعهم فى العبد الباقى.

قال محمد: وأما لو كانا أخذاهما بشراء أو من صاحبه أو من وصى: مصيبة نصف العبد الميت بين الثلاثة، وهو النصف الذى لم يشتره والنصف الذى اشتراه منه وحده، ثم نصف العبد الحى الذى لم يقع عليه الشراء: الطارئ يخير فى إمضاء بيع نصيبه منه، وهو السدس منه، فإن أمضاه: رجع بثمنه على من قبضه ونصف الميت المشترى ضمانه من مشتريه، ويرجع الطارئ بثمن ما استحقه من هذا النصف المبيع على أخيه البائع، ويخير أيضًا عليه فى العبد الحى الذى بيده إن شاء أخذ ثلثه، وهو سدس نصف العبد الذى لم يبع، ويرجع هذا على الذى مات العبد بيده بثلث ما كان دفع إليه فى ثمن العبد الحى؛ لأن مشترى العبد إنما وقع شراؤه على نصفه، وكأن النصفين من العبدين بيعا والنصفين [الآخرين] قسما، فما بيع ضمنه مشتريه، وما قسم فسخ، ومصيبته من جميع الورثة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: ما سكن الوارث من الدور أو اغتل؛ ظانًا ألا وارث معه: لا يرجع عليه فيما سكن، وكذلك الأرض، ويرجع فى الغلة: علم أن معه وارثًا أم لا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا قتل عمدًا، وترك ولدين ومائة دينار وعليه مائة دينار ببينة، فعفى أحدهما عن الدم مجانًا، وأخذ الآخر نصف الدية: يدفع الدين من نصف الدية وسدس المائة: فيبقى من الدية خمسة أسداسها بيد الولدين نصفين، ولغير العافى ما بقى له من نصف الدية، وهو أربعمائة وستة عشر وثلث.

وفى رواية عيسى: تقسم المائة الدين اثنى عشر جزء، فعلى غير العافى أحد عشر جزءًا؛ لأن له خمسمائة من الدية ونصف المائة التركة وللذى عفى نصف المائة عليه فيها نصف سدس الدين، وذلك ثمانية وثلث، ويبقى له أحد وأربعون وثلث، وللآخر بعد الدين بسبب الدية والميراث أربعمائة وثمانية وخمسون وثلث.

قال سحنون: ولو ترك مدبرًا عتق فى جميع هذا المال حتى يبلغ الثلث بعد الدين ولو عفيا ولا مال للميت: فلا مقال للغرماء، ونفذ إلا فى الخطأ يمتنع حتى يأخذ الغرماء دينهم من الدية، ولا يجوز عفو المقتول فى الخطأ إلا فى الثلث، ويجوز فى العمد؛ لأنه قصاص لا مال ويجوز عفو الوارث المديان في العمد، ولا يجوز عفو وارث آخر مديان؛ لسقوط الدم بالأول وتعينه مالًا وغرماء الثانى أحق، إلا أن يكون الميت مديانًا، ولو لم يعف بعد عفو الأول أحد لكان غرماء المقتول أحق بما بقى من الدية، وللميت مال آخر يوفى دينه: قضى دينه منه، ومن بقية الدية بالحصاص، فلو ترك ألفا وعليه دين وعفا أحدهما فى العمد، وأخذ غير العافى نصف الدية - ستة آلاف تضم إلى الألف التركة، ويقضى الدين على ذلك كله، فما وقع على الألف التى ترك خرج منها وباقيها بينهما، ويرجع ذلك إلى أن يخرج الدين من الجملة ويقسم ما بقى بين الاثنين على أربعة عشر: للعافى سهم والباقى للآخر.

ولو أن الدين ثلاثة آلاف وخمسمائة وأوصى بألف: فنصف السبعة آلاف فى الدين، فيصير على الألف التركة نصفها، ونصف الباقى فيه الوصايا فى ثلثه؛ لأن الوصية لا تدخل إلا فيما علم الميت، فيأخذ الموصى له ثلث الخمسمائة، وبقية المال كله بين الولدين على عشرين: للعافى جزء، وهو نصف العشر، ولغير العافى تسعة عشر.

فرع: قال: ولو ترك عبدًا يسوى ألفًا وعليه ألف، فباعه القاضى، وقضى دينه، ثم عفى أحدهما، وأخذ الآخر ستة آلاف درهم نصف الدية: رجع أخوه عليه بنصف تسعها: أربعمائة وثمانية وعشرون وأربعة أسباع درهم، ولو لم يقم الغريم حتى قبض الابن الستة آلاف فأخذ منه الغريم، فإن العبد بين الولدين نصفين، والخمسة آلاف الباقية للأخ غير العافى، ويرجع على العافى بنصف سبع الألف الدين: أحد وتسعون درهمًا وثلاثة أسباع درهم فإن وداها، وإلا بيع من نصيبه من نصف العبد بقدر ذلك.

فرع: قال: لو ترك ابنًا، وابنة، وزوجة، ودينًا ألفًا، ومالًا ألفًا، فعفى الابن عن الدم على الدية، فإنه يدخل فيه الابنة والزوجة بالميراث والدين فى الدية والمال، وما بقى قسم على الفرائض.

فرع: قال: لو عفى أحدهما، ثم لحق دين: اتبع به الذى لم يعف فى نصف الدية دون العافى.

فرع: قال: [إذا](١) وهب المريض عبده وقيمته ألف درهم ولا مال له غيره، فقتل العبد المريض وله ابنان: فهبته كالوصية قبضت أم لا، فللموصى له ثلث العبد، فإن استحيوا العبد على أن يكون لهم: قبضت الدية على العبد، فثلثا الدية على ثلثى الورثة، فيسقط ذلك وثلث الدية على ثلث العبد، فيخير الموهوب له فى فدائه لثلث الدية أو يسلمه، فإن أجازوا الوصية: صار العبد للموهوب له والدية فى رقبته، فإما يفديه بها، أو يسلمه للورثة، فإن عفوا على غير دية وقد أجازوا الوصية فالعبد للموهوب له، وإن عفوا على غير دية، وأبوا من إجازة الوصية: فثلث العبد للموصى له، وثلثاه للورثة، وإن عفا أحد الابنين على الدية، فكما تقدم أو أحدهما على غير دية فلغير العافى شطر الدية فى رقبة العبد، فإن أجازوا الوصية فهى للموهوب [له] فى فداء نصفه من غير العافى بنصف الدية، أو يسلمه إليه، فإن فدا نصفه بنصف الدية لم يكن لغير العافى من نصف الدية المأخوذ شىء، وإن منعوا الوصية: فالعبد بينهم أثلاثًا، وإن عفى أحدهما على الدية: سقط عن العبد ثلثا الدية ويفتك الموهوب [له](٢) ثلثه بثلثها فيكون هذا الثلث بين الابنين شطرين، وإن عفى أحدهما على غير دية: وجب لغير العافى شطر الدية فى العبد وله من العبد ثلث الدية ويسقط عن ثلثه نصف ثلث الدية، وهو السدس، فيخير الموهوب له فى فداء ثلث العبد بثلث النصف بسدس الدية فى قول المغيرة، وعند ابن القاسم فى إسلام نصف ثلث العبد [الذى صار له بنصف ثلث](٣) الدية، أو يفتكه بها، فيكون ذلك لغير العافى، فإن أسلمه إليه لم يكن للعافى شىء، وكذلك يخير العافى فيما صار له من العبد ميراثا أن يفديه بسدس الدية التى لأخيه غير العافى، أو يسلمه على ما تقدم

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

من الخلاف، وإن أجاز العافى الوصية وعفى عن غير دية، وامتنع الآخر من الإجازة صار للموهوب [له][(١)] ثلثا العبد وثلث للأخ غير العافى، ولغير العافى شطر الدية فى رقبة العبد، ويسقط من ذلك ثلث النصف سدس الدية، ويخير الموهوب له فى فداء ما صار له، وإسلامه على الخلاف.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا قتل عمدًا، وترك مائة دينار ودينا مائة ووصايا، فعفى على الدية: فالدين فى المائة، والدية للورثة وتبطل الوصايا، ولو ترك مائة دينا، ومدبرًا قيمته مائة:

قال محمد: للعافى نصف سدس أربعمائة من نصف الدية؛ لأن المدبر يخرج، ويأخذ المديان مائة، وتبقى أربعمائة تقسم بينهما على ما كان لكل واحد من أصل المال لو لم يكن دين ولا مدبر، وهو ستمائة منها خمسمائة لغير العافى ونصف المائة التى تركها الميت ونصفها لأخيه، وعلى القول الآخر: تقسم الأربعمائة على سبعة عشر سهمًا: للعافى سهم والباقى لأخيه.

فرع: قال فى الموازية: إذا مات عن زوجة وأخ، ولها عليه مائة، وترك خمسين ومائة فأقرت لفلان مائة على زوجها، فينوبها منها سبعة وثلاثون دينارًا ونصف؛ لأن إقرارها لا يلزم أخاه وتبقى له عند الأخ سبعة وثلاثون ونصف؛ لأن الذى لها بالحصاص خمسة وسبعون فتحبسها، وقد أخذت مائة بالدين واثنى عشر ونصفا بالميراث فتعطى لمن أقرت له مما بيدها ما زاد على خمسة وسبعين، وهو ما ذكرته وتحسب على الذى أقرت [له][(٢)] ما ورث الأخ، فإن طرأ غريم آخر بمائة ببينة: دخل مدخل الذى أقرت له، بل أولى منه؛ لأنه ببينة، فأخذ مما بيده ويحسب على الطارئ ما ورث الأخ، وهو بقية حقه، ويأخذ المقر له من المقرة وحدها خمسة وعشرين؛ لأنها ليس لها فى الحصاص الآن إلا خمسون، وللمقر له خمسون فتدفع له خمسة وعشرين، وفى يد الطارئ صاحب البينة ما فضل، وما حسب عليه عند الأخ خمسة وسبعون: للمقر له خمسة وعشرون، فإن لم يكن للمرأة بينة، بل أخذت بإقرار الميت: أخذ صاحب البينة المائة والمرأة خمسين، وسقط الذى أقرت

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

له المرأة؛ لأنها إنما بيدها ما يجب لها فى الحصاص وجميع حق المقر له عند صاحب البينة.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا لم يعلم كم دين الميت، ولا ماله: فلبعض الورثة التحمل بالدين ويحل بينه وبين المال فإن فضل شىء، فللورثة أو نقص: فعليه إن كان نقدًا، وإن كان الفضل والنقصان عليه ويكون غير المعجل امتنع - وقيل: يجوز التأخير؛ لأنه إذا التزم النقص فقط فهو معروف مع الورثة، كالقرض فى النقدين والطعام إلى أجل، أما إذا كان الفضل له فيكون إنما أخرهم للانتفاع مدة التأخير، فهو قرض للمنفعة، ووجه الجواز: أن الدين ليس فى ذمة الورثة، وإنما يمتنع ذلك بين الغريم وصاحب الدين، ولو كان الوارث واحدا جازت حمالته بالدين، وليس قرضًا للنفع؛ لأن للوارث أن يوفى الدين من غير التركة، فله شبهة ملك فى التركة، فلم يقرض للغرماء شيئًا.

فرع: قال: قال مالك: إذا كان للميت شاهد فحلف الغرماء، وأخذوا: لا يحلف الورثة على الفضل، لتركهم الأيمان أولًا.

فرع: قال: قال مالك: إذا بادر الابن، فأحبل أمة أبيه الميت مراغمة للغرماء: بيعت لهم وعليه قيمة الولد؛ لتعديه فى الوطء، وله فى الولد شبهة: أن له قضاء دين أبيه من غير ثمن الجارية وإن لم يعلم: فعليه قيمتها للغرماء.

فرع: قال: قال مالك: إذا تحمل الابن بدين أبيه ودفع المال فى الدين، ثم طرأ غريم فقال: لم أعلم بهذا: أخذ دينه من الابن؛ لرضاه بذلك بالحمالة وضمان المجهول عندنا لازم.

فرع: قال: قال مالك: إذا كان الدين مائة، والتركة ألفًا فباع الوارث بعض التركة؛ اعتمادًا على سعتها: فسخ بيعه لتوقع هلاك بقية المال، وحوالة الأسواق ولتقدم الدين على الميراث فيقدم على تصرفه.

* * *

كتاب الحجر

والحجر: المنع، ومنه: قوله - تعالى -: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ [الفرقان: ٢٢] أى تحريمًا محرمًا، ومنه: حجرة الدار، لمنعها من الدخول إليها، ويسمى الحجر عقلًا؛ لمنعه صاحبه من الرذائل.

وهو فى الشرع: المنع من التصرف قاله فى التنبيهات.

وأسبابه ثمانية: الصبا، والجنون، والتبذير، والرق، والفلس، والمرض، والنكاح، والردة، وقد تقدم الكلام على المرض فى الوصايا، والتفليس، وههنا الكلام على سببه.

السبب الأول: الصبا

قال الله - تعالى -: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فشرط الرشد مع البلوغ.

وفى الكتاب: لا يخرج المولى عليه - بأب أو وصى، وإن حاضت الجارية، وتزوجت، واحتلم الغلام - من الولاية إلا بالرشد.

قال ابن يونس: قال بعض البغداديين: لا يزول حجر الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج، ويدخل بها زوجها، وتكون مصلحة لمالها.

وقال الأئمة: ينفك الحجر بمجرد البلوغ؛ لعموم الآية.

لنا: أن مقصود الرشد معرفة المصالح، وقبل اختيار الأزواج يكون الجهل والنقص فى المعرفة حاصلين، وعن شريح: قال: كتب إلى عمر - رضى الله عنه - ألا أجيز للجارية عطية حتى تحول فى بيت زوجها و تلد ولدًا، ولأن إجبار الأب باق وهو حجر فيعم الحجر.

ومنعوا صحة الأول، وفرقوا فى الثانى بأن مصلحة النكاح إنما تعلم بالمباشرة، وهى متعذرة، ومباشرة البيع والمعاملة غير متعذرة.

ومنعنا نحن التمسك بالآية -أيضًا - لأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء:٦] معناه إصلاح المال إجماعًا، ونحن نمنع تحققه قبل الغاية المذكورة.

وأما الجارية والغلام اللذان لا وصى لهما، ولا جعلهما القاضى تحت ولاية غيرهما فبلغا: لا يخرجان من الولاية إلا بالرشد، قاله ابن القاسم؛ طردًا للعلة،

تقدم الحجر أم لا، وعند أكثر أصحاب مالك: أفعالهما نافذة بمجرد البلوغ؛ لعدم تقدم الحجر، والبلوغ مظنة الرشد وكمال العقل.

قال اللخمى: اختلف فى وقت الابتلاء لمن كان فى ولاء.

ففى الموازية: بعد البلوغ؛ لأن تصرفه قبله غير صحيح، والاختبار بعد وجوده، وعند الأبهرى وغيره: يصح قبل البلوغ، وقاله (ش)، وابن حنبل؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾، فجعل البلوغ غاية للابتلاء، وبعده، وعقب البلوغ بالدفع بصيغة الفاء.

وقال أصحاب ابن حنبل: يختبر أولاد التجار بتعريضهم للبيع، وأولاد الكبراء بدفع نفقة يده[1]، والمرأة بالتوكيل فى شراء الكتان، وفى كل أحد بما يليق به، وما ينبغى مخالفتهم فى هذا.

واختلف فى اختباره بماله، فظاهر قول مالك: المنع؛ لقوله: إذا فعل ذلك ولحقه دين لم يلحق ذلك الدين المال الذى فى يده.

وجوزه عبد الوهاب لوليه إذا قارب البلوغ بقدر معين يختبره به إذا رأى دليل الرشد، فمن جعل ذلك لوليه اكتفى بعلمه، ومن جعله للحاكم لم يكتف بقول وليه دون أن تشهد البينة عنده بذلك؛ لأنه حكم حكمى.

واختلف فى الشهادة، فقيل: يكفى شاهدان.

وقال أصبغ: لا بد فى الذكر والأنثى من الاشتهار مع الشهادة.

قال اللخمى: وهو صواب فى الذكر لتيسر الاشتهار فى حقه، والأنثى لا يطلع عليها إلا القليل.

واختلف فى الرشد، ففى الكتاب: إصلاح المال، وصونه عن المعاصى، قاله أشهب، ولا يعتبر سفه الدين.

وقال (ش): لا بد فى الرشد من إصلاح المال والدين معًا، ووافقه ابن المواز، وخالفه (ح) وابن حنبل؛ لأن من ضعف حزمه عن دينه - الذى هو أعظم من ماله - لا يوثق به فى ماله.

وجوابه: أن وازع المال طبيعى، ووازع الدين شرعى، والطبيعى أقوى؛ بدليل

(١) فى أ: بيده.

قبول إقرار الفاسق الفاجر؛ لأن وازعه طبيعي، ورد شهادته؛ لأن الوازع فيها شرعي، فاشترطت العدالة فيها دون الإقرار.

تمسكوا بأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ نكرة فى سياق الثبوت فيكون مطلقًا وقد أجمعنا على اعتباره فى إصلاح المال والدين، وأنه إذا أصلحهما كان رشيدًا، والمطلق إذا عمل فى صورة سقط الاستدلال به فيما عداها.

جوابهم: أن النكرة فى سياق الشرط تعم، وإنما تكون مطلقة إذا لم يكن شرط، نحو: فى الدار رجل، وإذا عمت تناولت صورة النزاع.

سلمنا عدم العموم، لكن أجمعنا على أن إصلاح المال مراد، واختلف: هل غيره مراد أم لا؟ والأصل: عدم إرادته؛ بل الآية تقتضى عدم اشتراطه؛ لقوله: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾، والبلوغ مظنة كمال العقل، ونقص الدين بحصول الشهوة، وتوفر الداعية على الملاذ حينئذ، فلما اقتصر على هذه الغاية علمنا أن المراد إصلاح المال فقط، ولأنا نجد الفاسق شديد الحرص على ماله فى كثير من الناس.

قال اللخمى: إذا أحرز ماله، ولم يحسن التنمية لا يضره؛ لأن الولى إذا أمسك المال عنده لم ينمه، ولإجماعنا على أن العجز عن التجر لا يوجب الحجر، وهذا إذا كان عينًا وما لا يخشى فساده، وأما الربع يخشى خرابه معه، فلا يدفع إليه؛ لأنه فى معنى عدم الإحراز.

وفساد الدين إن كان لا يفسد المال، كالكذب وشهادة الزور لا يمنع لإجماعنا، على أنه لا يستأنف عليه بذلك حجرًا، [وإن كان حسن النظر فى ماله[(١)] وهو يشرب الخمر لا يدفع إليه ماله؛ لأنه يستعين به على ذلك.

وكل من بلغ من الأيتام بعد تقدم حجر عليه، فهو على السفه حتى يختبر؛ لظاهر القرآن.

أما من له أب، أو يتيم لم يحجر عليه: ففى المدونة: إذا احتلم الغلام ذهب حيث شاء، ولا يمنعه الأب، وحمله على الرشد لوجود مظنته، وقاله ابن حبيب فى اليتيم غير المحجور، ولأن غالب بنى آدم مجبولون على حب الدنيا والحرص عليها، فيلحق النادر بالغالب.

---

(١) سقط فى ط.

وقيل: هما على السفه؛ قياسًا على المحجور عليه؛ لأن الحجر لا يخل بالعقل، وقيل: يكفى فى الإناث الدخول، وعن مالك فى كتاب الحبس: يكفى البلوغ.

والبكر التى لا أب لها: قيل هى على السفه حتى يثبت رشدها.

وعن سحنون: هى كالصبى، ويمكن رد الخلاف إلى الخلاف فى السفيه المهمل، ومشهور المذهب إذا لم يتقدم عليها حجر: أن أفعالها على الجواز.

قال صاحب المقدمات: الأحوال أربعة: حالة يحكم فيها بالسفه، وإن ظهر الرشد؛ لأن الغالب السفه فيها، وحالة يحكم فيها بالرشد وإن علم السفه، وحالة يتحملهما والأظهر السفه، فيحكم به مالم يظهر الرشد، وحالة تحتملهما والأظهر الرشد، فيحكم به ما لم يظهر السفه.

أما الحالة الأولى: فلا يختلف مالك وأصحابه أن الإنسان قبل البلوغ محمول على السفه، وإن ظهر رشده، وأن تصرفاته من الصدقة وغيرها من المعروف مردودة، وإنْ أذن فيها الأب أو الوصى، وتصرف المعاوضة موقوف على إجازة الولى إن رآه مصلحة، وإلا رده، وإن لم يكن له ولى يجعل له ولى، وإن غفل عن ذلك حتى ولى أمر نفسه، فله الإمضاء والرد كالولى؛ لأنه الآن قام مقامه.

وما كان يتعين على الولى إمضاؤه من السداد: هل ينقضه إذا حال سوقه أو نما بعد ريعه إياه؟ والمشهور: أن ذلك له؛ لأنه مقتضى النظر الآن وقيل: لا؛ نظرًا للحالة السابقة، أما ما كسر وأفسد: ففى ماله ما لم يؤتمن عليه. واختلف فيما اؤتمن عليه، ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته وحنث فيه حالة صغره؛ لأنه معروف فى المال.

والمشهور: أنه لا يلزمه إن حنث بعد رشده؛ نظرًا لوقوع السبب فى حالة عدم الاعتبار.

وقال ابن كنانة: يلزمه؛ نظرًا لحالة الحنث، والمشهور: لا يحلف إذا ادعى عليه، وكذلك إن ادعى مع شاهد على المشهور، ويحلف المدعى عليه، فإن نكل غرم.

ولا يحلف الصغير، وإن حلف برئ إلى بلوغ الصغير، فيحلف ويأخذ، وإن نكل فلا؛ لأن الوازع الدينى فى الصغير منفى، والأصل: اعتبار الشاهد، ولا يحلف المدعى عليه ثانية.

وعن مالك: يحلف مع شاهده، فيملك به كما يملك بالأسباب الفعلية، كالاصطياد والاحتطاب وغيرهما، ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله من الحقوق [والأحكام](١)؛ لرفع القلم عنه فى الحديث النبوى(٢).

وأما الحالة الثانية التى يحكم فيها بالرشد، وإن علم السفه: فهى حالة المهمل عند مالك، وأكثر أصحابه؛ خلافًا لابن القاسم، وحالة اليتيمة البكر المهملة عند سحنون.

وأما الحالة الثالثة التى يحكم فيها بالسفه والظاهر الرشد: فحالة الابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور، وذات الأب البكر، أو اليتيمة [التى](٣) لا وصى لها إذا تزوجت ودخلت من غير حد، ولا تفرقة بين ذات الأب وبينها، على رواية ابن القاسم؛ خلافًا لمن حدد أو فرق بين ذات الأب وغيرها.

وأما الحالة الرابعة التى يحكم فيها بالرشد مالم يظهر السفه: فالمعنسة البكر، عند من يعتبر تعنيسها، واختلف فى حده، أو التى دخل بها زوجها العام أو العامين أو السبعة على الخلاف، أو الابن بعد بلوغه، وذات الأب بعد بلوغها، على رواية زياد عن مالك، ومتى بلغ الصبى معلوم الرشد: ليس للأب رد فعله، وإن لم يشهد على خروجه من الولاية، فقد خرج منها ببلوغه مع رشده، أو معلوم السفه: رد فعله، أو مجهول الحال: فعن ابن القاسم: يحمل على السفه؛ استصحابًا له حتى يرشده، وقاله مالك.

وعن مالك: يحمل على الرشد حتى يثبت السفه، وكلاهما فى المدونة. وقيل: لا بد بعد البلوغ من عام، أما الصغير فلا ينفذ تصرفه وإن أذن أبوه.

وأما الموصى عليه من قبل أبيه، أو السلطان، وهو صغير: ففعله مردود، وإن علم رشده، حتى يخرجه الوصى، أو السلطان، أو القاضى، إن كان الوصى من قبله، قاله ابن زرب.

وقيل: يطلقه من غير إذن القاضى بنظره؛ قياسًا على الأب.

وقيل: لا بد من القاضى إلا أن يعلم رشده بعقد شهود.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) تقدم.
(٣) سقط فى ط.

وأما وصى الأب يجوز إطلاقه، ويقبل قوله، وقيل: لا، إلا أن يتبين رشده، قاله ابن القاسم، ورد أفعاله حتى يطلق، وإن علم رشده، هو المشهور.

وقيل: حاله معه كحاله مع الأب، روى عن مالك.

ومذهب ابن القاسم: لا تعتبر الولاية إذا ثبت الرشد، ولا يؤثر عدمها إذا علم السفه فى اليتيم لا فى البكر.

وروى عن مالك، وعن ابن القاسم: أن ظهور الرشد لا يعتبر مع الولاية كقول مالك، ومنشأ الخلاف: هل رد التصرف لوصف السفه أو للولاية والحجر.

وإذا بلغ المهمل من الولاية، فأربعة أقوال: نفوذ تصرفه، وإن أعلن بالسفه، استصحب السفه أو طرأ بعد أن أنس منه الرشد - قاله مالك؛ نظرًا لعدم الولاية مع البلوغ.

وقال عبد الملك: إن اتصل السفه رد تصرفه؛ نظرًا للسفه، وإن سفه بعد أن أنس رشده، جاز فعله؛ لضعف السفه بطروء الرشد ما لم يبع بيع خديعة بينة، مثل أن يبيع ما يساوى ألفًا بمائة، فلا ينفذ، ولا يتبع بالثمن إن أفسده، ولم يعتبر إعلانه بالسفه.

وقال أصبغ: ينفذ تصرفه، إلا أن يعلن[1] - اتصل سفهه أم لا؛ لأن الإعلان دليل قوة السفه.

وقال ابن القاسم: تعتبر حالة البيع والشراء، إن كان رشيدًا نفذ، وإلا فلا، واتفق الجميع على جواز فعله، ونفوذه إذا جهل حاله؛ لأن الغالب على الناس الحرص على الدنيا وضبطها.

وفى ذات الأب ثمانية أقوال: تخرج من الولاية بالبلوغ والرشد، عن مالك.

وعنه: حتى يدخل بها زوجها، ويشهد العدول بصلاح حالها.

قال فى المداونة: فأفعالها قبل ذلك مردودة، وإن علم رشدها، وتخرج من الولاية ولو بقرب الدخول على هذا القول، واستحب مالك تأخيرها العام من غير إيجاب.

والثالث: كذلك ما لم تعنس، فتحمل على الرشد، إلا أن يعلم السفه، وقبله:

---

(١) فى ط: يعلم.

على السفه، وإن علم الرشد، وإن دخلت قبل التعنيس بيتها: فهى على التعنيس على السفه، حتى يتبين الرشد، وبعد التعنيس: على الرشد، حتى يعلم السفه.

واختلف فى حده، فقيل: أربعون عامًا، وقيل: من الخمسين إلى الستين، فتكمل خمسة أقوال.

والسادس: سنة بعد الدخول، قاله مطرف.

والسابع: عامان.

والثامن: سبعة أعوام، قاله ابن القاسم، وبه جرى العمل عندنا.

وأما ذات الوصى من قبل الأب أو السلطان، فلا تخرج من الولاية، وإن عنست أو تزوجت وطال زمان الدخول، وحسن حالها مالم تطلق من وثاق الحجر بما يصح إطلاقها به، كما تقدم.

واليتيمة المهملة فيها قولان: تخرج بالبلوغ، لا تخرج إلا بالتعنيس.

وفى تعنيسها خمسة أقوال: ثلاثون سنة، قاله عبد الملك.

وقال ابن نافع: أقل من الثلاثين.

وعن مالك: أربعون.

وقال ابن القاسم: من الخمسين إلى الستين.

وعن مالك: حتى تقعد عن المحيض، أو تقيم بعد الدخول مدة تقتضى الرشد.

فرع: فى الكتاب: إذا قال الوصى: قبضت من غرماء الميت، أو: قبضت وضاع، لا مقال لليتيم بعد البلوغ على الغريم، ويصدق؛ لأنه أمين. قال ابن هرمز: إن ادعى الغريم الدفع للوصى وأنكر: حلف الوصى، فإن نكل: حلف الغريم.

وأما مالك: فضمنه بنكوله فى اليسير، وتوقف فى الكثير.

قال ابن القاسم: والرأى على قول ابن هرمز: أنه يضمن فى القليل والكثير، وإنما توقف مالك فى الكثير؛ خوفًا من أن تبطل أموال اليتامى، وخوفًا من تضمين الوصى، وهو أمين.

وإذا قضى الوصى غرماء الميت بغير بينة، فأنكروا: ضمن إن لم يأت ببينة.

فى التنبيهات: إنما ضمنه؛ لأن شأن الناس الاستخفاف فى الدفع بغير بينة، والتوثق فى الكثير.

قال التونسى: إذا قال الوصى: قبضت، واليتيم فى ولايته: صدق، أو بعد

الرُشد.

ففي الموازية: يكون شاهدًا لهم، يحلف اليتيم معه، كما قال في المدونة: إذا أقر أحد الشريكين بعد الانفصال أن هذا المتاع رهناه عند فلان، أنه شاهد.

وقال سحنون: قوله مقبول مطلقًا؛ نظرًا لأمانته، واختلف في شهادة الحميل، وهو من هذا القبيل.

فرع: في الكتاب: لا يجوز عتق المولى عليه، ولا هبته، ولا صدقته، ولا يلزمه ذلك بعد البلوغ، إلا أن يجيزه الآن، واستحب إمضاؤه من غير إيجاب وما ليس فيه إلا المنفعة ينفذ، كطلاقه، وعتقه أم ولده؛ لأنه ليس مالًا، ويمتنع نكاحه إلا بإذن وليه؛ لأنه مظنة المال.

وما وهب له من مال يدخل في الحجر، وكذلك إن تجر فربح؛ [لأنه ماله][١]، ولا يجوز شراؤه إلا فيما لا بد له من عيشه، كالدرهم يبتاع به اللحم ونحوه، يشترى ذلك لنفسه، كما يدفع إليه من نفقته.

في التنبيهات: ظاهر الكتاب: استحبابه إمضاؤه جميع تصرفاته، وعلى ذلك اختصره المختصرون، والصحيح: تخصيصه بما فيه قوته[٢].

فرع: في الكتاب: إذا عقل الصبي التجارة لا يجوز إلا بإذن أبيه أو وصيه في مولى عليه، ولو دفعا له بعد الحلم بعض المال للاختبار، لا يلزمه دين فيما دفع له، ولا غيره؛ لبقاء الولاية، بخلاف الإذن للعبد؛ لأن المنع لحق السيد.

وقال غيره: يلحق الصبي فيما أذن له فيه خاصة؛ قياسًا على العبد، وعملًا بالإذن.

ولو دفع أجنبي لعبد أو صبي مالًا يتجر فيه، فالدين في ذلك المال؛ لترجح القصد للتجر على الاختبار، بخلاف الوصي؛ لأن مقصوده الاختبار.

في التنبيهات: ظاهر كلامه في الوصايا: جواز الدفع لليتيم إذا عقل التجارة، وقاله أبو عمر وغيره؛ لأن الغالب من الطباع الضبط.

في النكت: إذا أنكر اليتيم المال صدق الوصي، ويضم ذلك إلى ما اتفق عليه؛ لأنه أمين.

---

(١) في ط: لأنه من ماله.
(٢) في ط: مزية.

قال الشيخ أبو الحسن: لا يباع فيه إلا على النقد، فمن باعه[1] على غير النقد، هو الذى لا يكون له مما فى يده شىء، إلا أن يكون فى يد المولى عليه أكثر مما دفع إليه وليه، فيكون حق من داينه فى الزائد إن كانت الزيادة من معاملته إياه.

فرع: قال ابن يونس: لا يخرج المولى عليه والبكر المعنسة من الولاية إلا بشهادة عدلين، ويكون أمرًا فاشيًا، وإلا لاتنفع الشهادة فى قبضها لمالها.

قال اللخمى: زوال الحجر للسلطان إذا كان المحجور فى ولايته، فإن كان فى ولاية وصى الأب: فعن ابن القاسم: إذا تبين للوصى رشده دفع إليه ماله، وإن شك لا يدفعه، إلا بإذن الإمام.

قال مالك: إذا دفع لك الإمام مال مولى عليه، فحسن حاله: دفعت إليه ماله، وأنت كالوصى؛ لزوال سبب المنع.

وقال عبد الوهاب: لا ينفك الحجر بحكم، أو بغير حكم إلا بحكم حاكم، وسواء فى ذلك الصبى، والمجنون، والبالغ، والمفلس، وبقول مالك قال (ش) وابن حنبل، وهو ظاهر قوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا﴾ [النساء: ٦] فلا يحتاج للحاكم، وجعل الدفع لمن له الابتلاء.

قال: والقول الآخر اليوم أحسن؛ لغلبة فساد حال من يلى، فيقول: رشد، ولم يرشد، ولا يحكم القاضى فى ذلك بمجرد قوله؛ بل حتى يثبت عنده.

قال سحنون: إذا لم يثبت كتب القاضى: أن فلانًا أتى بفتى صفته كذا وكذا، وزعم أن اسمه فلان، وذكر أن أباه أوصى إليه به، وأنه صلح للأخذ والإعطاء، أو بامرأة صفتها كذا وزعم أن اسمها كذا، وأن أباها أوصى بها إليه، وأنها بلغت الأخذ والإعطاء، وأنها بنى بها زوجها، وسألنى أن أدفع إليه ماله، وأكتب له براءة، فأمرته بالدفع وحكمت له بالبراءة، ولم يحكم بالرشد؛ لأنه لم يثبت عنده، ومعناه: حكم بالقدر الذى دفعه؛ لأن دفعه جائز.

فرع: فى الجواهر: بلوغ الذكر بالاحتلام، أو الإنبات، أو بلوغ سن تقتضى العادة بلوغ من بلغه، وتعيينه ثمانى عشرة سنة لابن القاسم، وقال غيره: سبعة عشر، وقاله (ح)، وخمسة عشر لابن وهب، وقاله (ش) وابن حنبل ويزيد الإناث بالحيض، والحمل.

---

(١) فى أ: داينه.

ويقبل قوله فى الاحتلام، إلا أن يرتاب فيه؛ لأنه أمر لا يعرف إلا من قبله، ويكشف للإنبات ويستدبره الناظر ويستقبلان جميعًا المرآة، وينظر إليها الناظر، فيرى الإنبات أو البياض، قاله القاضى أبو بكر.

وجوز (ش) النظر للعانة للإنبات؛ لقول سعد - رضى الله عنه - حكمنى رسول الله ﷺ فى بنى قريظة، فكنا نكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه فى الذراري[1].

وقال أيضًا: لا يحكم بأن الحمل بلوغ حتى ينفصل الولد.

قال الطرطوشى: والمراد بالإنبات: الإنبات الخشن على المذاكر، وما حوله دون الزغب الضعيف.

قال (ح): لا يعتبر الإنبات أصلًا.

لنا: حديث سعد المتقدم، وقال له - عليه السلام -: «لَقَدْ حَكَمْتَ بِحُكْمِ اللهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعِ سَمَوَاتٍ»[2] أخرجه مسلم.

ولأنه معنى يعرض عند البلوغ، فيحكم به كخروج المنى.

احتجوا بالقياس على شعر الوجه والصدر، وسائر الشعور والزيادات؛ بل شعر الوجه أدل، وبقوله - تعالى -: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩] فعلق البلوغ والحكم على الحلم، فلا يتعلق بغيره، وبقوله - عليه السلام -: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: الصَّبِى حَتَّى يَحْتَلِمَ...»[3] الحديث. فجعل الحلم مناط الأحكام.

والجواب عن الأول: أنه قياس مخالف للسنة، فلا يسمع، سلمنا صحته، لكن الفرق: أن تلك الشعور لا تختص بالبلوغ، فهى كالبول، وهذا كالحيض.

وعن الثانى: أنه استدلال بالمفهوم، وأنتم لا تقولون به، سلمنا صحة التمسك

---

(١) من حيث عطية القرظى أخرجه أحمد (٤/ ٣١٠، ٣٨٣ و ٥/ ٣١١) والدرامى (٢/ ٢٢٣)، وأبو داود (٤٤٠٤) و (٤٤٠٥) وابن ماجه (٢٥٤١) و (٢٥٤٢) والترمذى (١٥٨٤)، والنسائى (٦/ ١٥٥ و ٨/ ٩٢) وابن الجارود (١٠٤٥) وغيرهم.

(٢) أخرجه قريبًا من هذا اللفظ عبد بن حميد (١٤٩)، والنسائى فى الكبرى (٥/ ٦٣-٦٢) من حديث سعد بن أبى وقاص وله شاهد من حديث أبى سعيد الخدرى، أخرجه البخارى (٣٠٤٣) و(٣٨٠٤) و(٤١٢١) و(٦٢٦٢)، ومسلم (٦٤/ ١٧٦٨)، وأحمد (٣/ ٢٢، ٧١)، وعبد بن حميد (٩٩٥)، وأبو داود (٥٢١٥) ، (٥٢١٦).

(٣) تقدم.

به، لكن المفهوم ههنا عارضه منطوق الحديث المتقدم، والمنطوق مقدم على المفهوم إجماعًا، وهو جواب الثالث.

احتج (ش) بقوله - عليه السلام -: «إِذَا بَلَغَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةٍ كُتِبَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ، وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُدُودُ»[1].

وأجاز - عليه السلام - ابن عمر - رضى الله عنهما - فى الجهاد، ابن خمس عشرة سنة.

ولا يجاز إلا بالغ، وهو متفق على صحته[2].

وجوابه: منع الصحة فى الأول، وعن الثانى: أن هذا من كلام ابن عمر، فلعله - عليه السلام - علم بلوغه عند هذا السن، ومتى علم البلوغ لا نزاع فيه، وليس فى الحديث دلالة على أنه أجازه لأجل الخمس عشرة سنة، فهذا كقول القائل: قرأت الفقه وأنا ابن كذا، وذكر التاريخ؛ لأن السن سببه.

ودليل ابن القاسم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

قال ابن عباس: الأشد: ثمانى عشرة سنة، ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف.

فرع: فى الجواهر: يستثنى من تصرفات الصبى وصيته، فتنفذ إذا لم يخلط فيها.

قاعدة: تسمى بجمع الفرق، وهى: أن يرتب على المعنى الواحد حكمان متضادان، فالصبى أبطل تصرفه فى حياته؛ صونًا لماله على مصالحه، ونفذت وصيته؛ صونًا لماله على مصالحه؛ لأنها لو ردت لصرف المال للوارث، ففاتته مصلحة ماله.

فرع: قال: وولى الصبى أبوه، ثم وصيه، ثم وصى وصيه، ثم الحاكم دون الجد والأم، وسائر القرابات.

وقال (ش): الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الوصى.

لنا: أن الجد يقاسمه الأخ فى الميراث بخلاف الأب، فيكون قاصرًا عن الأب، فلا يلحق به.

فرع: قال: لا يتصرف الولى إلا بما تقتضيه المصلحة؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا

---

(١) أخرجه البيهقى عنه، وقال: إسناده ضعيف لا يصح. ينظر جمع الجوامع (١/ ٣٨١) حديث (١٢١٢/٣٠٠).

(٢) أخرجه البخارى (٢٦٦٤)، ومسلم (١٨٦٨/٩١).

نَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فهو معزول - بظاهر النص - عن غير التى هى أحسن، ولا يبيع عقاره إلا لحاجة الإنفاق، أو لغبطة فى الثمن، أو خشية سقوطه إن لم ينفق عليه، وابتياع غيره بثمنه أفضل، أو لكونه فى موضع خرب، أو يخشى انتقال العمارة من موضعه، فيبيعه ويستبدل بثمنه فى موضع أصلح.

ولا يستوفى قصاصه، ولا يعفو عنه؛ لأنه إذا بلغ يقتص، أو يصالح على مال، ولا يعتق رقيقه، ولا يطلق نسائه إلا على عوض فيه المصلحة فى غير البالغ من الذكور، أو يفعل ذلك الأب خاصة فيمن يجبر من الإناث.

وفى مخالعته عمن لا يجبر ممن يملك أمرها خلاف.

ولا يعفو عن شفعته إلا لمصلحة، ثم إذا عفا ليس للصبى الطلب بعد البلوغ، ووافقنا (ح) فى العفو عنها؛ قياسًا على الشفيع، ومنع (ش) ؛ لأنه تضييع مال، وجوابه: إنما نجيزه إذا تضمن مصلحة أرجح.

ومنع (ش) أن يبيع له بنسيئة، وأن يكاتب عبده، وإن كان أضعاف القيمة؛ لأنه يأخذ العوض من كسبه، وأن يسافر بماله من غير ضرورة، ولا يودعه، ولا يقرضه مع إمكان التجر فيه، وجوز أن يقترض له، ويرهن ماله، وأن يأكل الولى والأمين من مال اليتيم، إلا أن يكونا غنيين؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ﴾ [النساء: ٦].

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا بلغ فله الخروج عن أبيه، وإن كان أبوه شيخًا ضعيفًا، إلا أن يستحق الحجر لسفه، وإذا تزوجت المرأة، وولدت، وأراد أبوها الخروج بها، وكرهت فراق ولدها، فذلك لها؛ لخروجها من الحجر.

فرع: قال: قال مالك: لا يقضى عن المحجور عليه دينه بعد موته كحياته، إلا أن يوصى بذلك فى ثلثه إذا بلغ مثله الوصية.

فرع: فى الجلاب: الوصى مصدق فى نفقة اليتيم، وولى السفيه، وقاله (ش)؛ لأنهما أمينان، ويعسر الإشهاد منهما على ذلك بخلاف رد المال؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ﴾ [النساء: ٦]، فلما أمره بالإشهاد لم يؤتمن على الرد، بخلاف المودع فإنه مؤتمن فى الرد.

فرع: قال: تجوز التجارة فى مال اليتيم، ولا ضمان على الوصى فى ذلك وقاله

(ش) ؛ لقول عمر - رضى الله عنه -: «اتَّجِرُوا فِى أَمْوالِ الْيَتامَى، لا تَأْكُلُهَا الزَّكَاةُ»[١]، وروى مرفوعًا.

فرع: قال: لا بأس بخلط الوصى نفقة يتيمه بماله إذا كان رفقًا لليتيم، ويمتنع رفقًا للولى، وقاله (ش) ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ولأن الإفراد قد يشق وخاصة [إذا كانا][٢] فى بيت [واحد][٣].

وينبغى للولى أن يوسع على اليتيم فى نفقته، وكسوته على قدر حاله؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] ولا بأس بتأديبه؛ لأنه من أفضل البر؛ لقوله - عليه السلام -: «مَا نَحَلَ وَالِدٌ وَلَدًا أَفْضَلَ مِنْ أَدَبٍ حَسَنٍ»[٤].

وينفق على أم اليتيم من ماله إذا كانت محتاجة؛ لقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [النساء: ٣٦]، ويخرج الزكاة من ماله، وزكاة الفطر، ويضحى عنه؛ لتحقق أسباب هذه المأمورات فى حقه.

فرع: فى النوادر: قال عبد الملك، ومطرف: ما وهب الأب من مال ولده الصغير من عروض أو رقيق أو عقار، وهو مليء، نفذ للموهوب، وعليه للابن عوضه، شرط له ذلك أم لا، ولا سبيل للابن على الهبة إلا أن يعسر الأب بعد يسره، فيأخذها الابن؛ حملًا لتصرف الأب على التزام العوض، كما إذا زوجه صغيرًا فقيرًا يحمل على أنه التزام الصداق، فإن فاتت أخذ قيمتها من الموهوب؛ للفوات تحت يده، ثم يرجع الموهوب على الأب؛ لأن الهبة عقد لازم، وقد لزمته

---

(١) أخرجه بلفظه الطبرانى فى الأوسط عن أنس بن مالك كما فى تلخيص الحبير (٢/ ٣٠٨)، والشافعى فى ترتيب المسند عن يوسف بن ماهل مرسلًا كما فى المصدر السابق.
وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أخرجه الترمذى (٣/ ٣٢) كتاب الزكاة: باب ما جاء فى زكاة مال اليتيم (٦٤١)، وأخرجه الدارقطنى (٢/ ١١٠) كتاب الزكاة: باب وجوب الزكاة فى مال الصبى واليتيم (١)، وأخرجه البيهقى (٤/ ١٠٧) كتاب الزكاة: باب من تجب عليه الصدقة، وأخرجه أبو عبيد فى الأموال ص (٤٠٤) كتاب الصدقة وأحكامها وسننها (١٢٩٩).
وقال أبو عيسى: فى إسناده مقال؛ لأن المثنى بن الصباح ضعيف. وروى سفيان عن عمرو بن دينار أن عمر بن الخطاب قال: ابتغوا فى أموال اليتامى لا تستهلكها الزكاة.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) أخرجه الترمذى حديث (١٩٥٢)، وأحمد فى المسند (٤/ ٧٧)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٢٦٣)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٢/ ١٨)، وذكره الهيثمى فى المجمع (٨/ ١٥٩).

القيمة لابنه فأداها عنه، والفوت: العتق، والاستيلاد، وإبلاء الثوب، وأكل الطعام، وبيع الهبة وأكل ثمنها، وما كان فوته بسببه، وأما ما هلك بأمر سماوى فلا يضمن، وإن كان الأب يوم الهبة معدمًا ردت، شرط العوض أم لا؛ لتعين ضياع مال الولد، وما فات أخذ من الأب قيمته إن كان له شيء يوم الحكم، وإن اتصل إعساره أداها الموهوب، ولا يرجع بها على الأب، وكأنه وهب مال أجنبى، وإن كان يوم الهبة معسرًا، ثم أيسر، ثم أعسر: نفذت، ويرجع بها على الأب، وكأنه وهب العطية، ولا يأخذها الابن وإن كانت قائمة، إن كان الأب مليًا، وإلا أخذها [الابن][1] إلا أن تفوت، فيأخذ القيمة من المعطى إن فاتت بسببه، ويرجع بها المعطى على الأب.

قالا: وما باع أو رهن من متاع ولده لنفسه: فهو مردود، إن عرف أنه فعله لنفسه، وإن جهل هل لنفسه أو لولده: لا يرد؛ لإمكان صحة التصرف، وهذا فى عدمه، وأما فى ملائه: فيمضى، ويضمن الثمن فيما باع؛ تصحيحًا للتصرف بحسب الإمكان.

قالا: وأما ما اشترى من رقيقه، وعقاره نفذ إلا ببخس يسير، فيرد كله؛ لأنه معزول من غير المصلحة، وما قارب الأثمان مضى، و باع وحابى وقلت المحاباة، مضى ذلك وكانت فى مال الأب كالعطية، وإن عظمت المحاباة رد كله؛ لتمكن الفساد.

قال مطرف: وما أعتق من عبيده جاز فى ملاء الأب، وحمل على التزام القيمة، ورد فى عدمه، إلا أن يطول زمانه ويولد للعبيد على الحرية فيتبع الأب بالقيمة، قاله مالك، وكذلك ما تزوج به من عبد أو غيره جاز فى ملائه وعليه القيمة، أو معدمًا: رد ما لم يبن بامرأته، فيتبع بالقيمة وإن لم يفت.

وقال عبد الملك: بنى أم لا، طال أمد العتق أم لا، صغرت المحاباة فيما أعطى أم لا، إن كان موسرًا: أخذت منه القيمة، أو معدمًا: رد ذلك كله؛ لفساد أصل التصرف.

وأجاز أصبغ هذا كله: هبته، وبيعه، وعتقه، وإصداقه - مليئًا[2] أو معدمًا، قائمًا أو فائتًا، طال أمد العبد أم لا، بنى بالمرأة أم لا، باع للابن أو لنفسه، ويلزمه؛ تغليبًا للولاية، إلا أن يتقدم الإمام فى ذلك، فيبطل كله.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: مليا.

قال مالك: إذا وهب عبد ابنه، أو تصدق به: بطل، وإن كان مليئًا[1]، وإن أعتقه عن نفسه مليئًا: نفذ؛ وعليه القيمة، ولو كان كثيرًا: رد عتق الأب، وما تزوج به من مال ولده الصغير، والأب مليء: نفذ، بنى أملا.

قال ابن القاسم: إذا تصدق على ابنه الصغير بغلام، ثم أوصى بعتقه: عتق فى ثلثه، وللابن قيمته فى رأس المال؛ لأنه كان يحوز لابنه، وإن لم يكن للأب مال: بطلت الوصية، ولو كان الابن كبيرًا يحوز لنفسه، ولم يقبض حتى مات: بطلت الصدقة ونفذت الوصية.

فرع: قال ابن بشير: لا يوكل القاضى من يبيع شيئًا من مال اليتيم، إلا بعد ثبوت ستة أمور: يتمه، وأنه ناظر له، وحاجته، وأنها لا تندفع إلا بالبيع، وأنه ملك اليتيم لم يخرج عن يده، وأن المبيع أحق ما يباع عليه، وحصول السداد فى الثمن.

ولا يبيع الوصى العقار، إلا لأحد ستة أوجه: الحاجة، والغبطة فى الثمن الكثير، أو يبيعه لمن يعود عليه بشىء، أو له شقص فى دار لا تحمل القسمة، فدعاه شركاؤه للبيع، أو دار واهية ولا يكون له ما تقوم به، أو له دار بين أهل الذمة.

السبب الثانى: الجنون

لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والمجنون ضعيف، فيكون مسلوب العبارة يحجر عليه.

قال اللخمى: واختلف فيمن يخدع فى البيوع، فقيل: لا يحجر عليه؛ لقول رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ وكان يخدع فى البيوع لضربة أصابته فى رأسه: «إِذَا بِعْتَ فَقُلْ: لَا خَلَابَةَ» خرجه الصحيحان[2] وقال ابن شعبان يحجر عليه؛ صونًا لماله عليه كالصبى.

قال: وأرى إن كان يخدع باليسير أو الكثير، إلا أنه لا يخفى عليه ذلك بعد تبين: لا يحجر عليه، ويؤمر بالاشتراط، كما فى الحديث، ويشهد حين البيع، فيستغنى

---

(١) فى ط: مليا.

(٢) أخرجه البخارى فى البيوع: باب ما يكره من الخداع فى البيع: (٢١١٧)، وفى الاستقراض (٥/ ٦٨) باب ما ينهى عن إضاعة المال (٢٤٠٧)، ومسلم (٣/ ١١٦٥) فى كتاب البيوع: باب من يخدع فى البيع (٤٨/ ١٥٣٣) من حديث ابن عمر.

بذلك عن الحجر، أو لا يتبين له ذلك، ويكثر تكرره: فيحجر عليه، ولا ينزع المال من يده إلا أن [لا][١] ينزجر عن التجر.

ويزول الحجر عن المجنون بإفاقته، إن كان الجنون طارئًا بعد البلوغ لأنه كان على الرشد، وإن كان قبل البلوغ، فبعد إثبات الرشد.

والضعيف التمييز و الذى يخدع: له ماله إذا علم منه دربة البيع، ومعرفة وجوه الخديعة.

السبب الثالث: التبذير

لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا﴾ الآية المتقدمة، فجعله- تعالى - مسلوب العبارة فى الإقرار، ومن سقط إقراره حجر عليه.

وفى الكتاب: المبذر لماله سرفًا فى لذاته من الشراب، والفسق، وغيرهما، ويسقط فى ذلك سقوط من لا يعد المال شيئًا: يحجر عليه، دون المصلح لماله الفاسق فى دينه، وإن كان له مال عند وصى قبضه؛ لأن أثر الحجر صون المال وهو مصون.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا يحجر على الكبير إلا فى البين التبذير.

قال ابن القاسم: بل على الكل، من لو كان له وصى، لم يعط له ماله، وكذلك من دفع إليه ماله ثم بذر، ووافقنا (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل، وإن بلغ مبذرًا دفع إليه ماله بعد خمس وعشرين سنة. وللمسألة أصلان:

أحدهما: أن انتفاء ثمرة العقل كانتفائه عندنا، وعنده: المعتبر أصل العقل.

وثانيهما: الحجر يثبت بالشرع تارة، وبحكم الحاكم تارة أخرى، كالولاية. وعنده: بالشرع فقط.

لنا: الآية المتقدمة، ولا يصح قولهم: السفيه المجنون؛ لأن السفه يقابل بالرشد، والجنون يقابل بالعقل، والسفيه ليس برشيد، والضعيف: الصبى، والذى لا يستطيع أن يمل: المجنون؛ نفيًا للترادف.

---

(١) سقط فى ط.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، قال المفسرون قولين: أموالنا، وأموالهم، فعلى الأول: يدل بطريق الأولى؛ لأنا إذا حجر علينا فى أموالنا لهم أولى أموالهم، وعلى الثانى: فهو المقصود ويكون مثل قوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] و ﴿فَسَلِّمُوا عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النور: ٦١] أى: لا يقتل بعضكم بعضًا، ويسلم بعضكم على بعض.

ولأنه إجماع الصحابة - رضى الله عنهم - فقد مر عثمان - رضى الله عنه - بأرض سبخة اشتراها عبد الله بن جعفر بستين ألف درهم، فقال: ما يسرنى أن تكون لى بنعل، ثم لقى عليًا، فقال: أما تقبض على يد ابن أخيك، اشترى أرضًا ما يسرنى أن أتملكها بنعلى، فقال على: لأحجرن عليه، ففزع عبد الله بن جعفر إلى الزبير بن العوام، وأخبره بذلك، فقال له الزبير: لا تبال وأنا شريكك، ثم جاء علىّ إلى عثمان، فسأله الحجر عليه، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير، ولم ينكر منهم أحد ذلك، فكان إجماعًا، وهذا هو المعهود فى السلف والخلف.

ولو صح ما قاله (ح) لقال له الزبير: لا يحجر على بالغ، ولا يقال: هذا حجة عليكم؛ لأن التبذير وجد، وما حصل حجر؛ بل ينبغى الحجر على الزبير مع عبد الله لما ذكرتم؛ لأنا نقول: لما اقتسما الغبن صار نصيب كل واحد بغبن الرشيد فى مثله، وأما قول عثمان - رضى الله عنه -: لا يسرنى بنعل، أى: ما رغبته، والعقلاء الرشداء تختلف رغباتهم اختلافًا شديدًا، ولأنه معنى لو قارن البلوغ منع دفع المال، فكذلك إذا طرأ بعده كالجنون.

احتجوا بقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ٥٢]، والأشد خمسة وعشرون سنة، ومفهومه: أنه لا يقرب بعد الأشد وهو المطلوب، ولأن حقوق الأبدان تتعلق به، فأولى الأموال، ويقبل إقراره فى نفسه بالجنايات، فأولى فى ماله، ولأن الآية التى تمسك بها الخصم تدل لنا؛ لقوله - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلى قوله: [فليملل وليه] [البقرة: ٢٨٢] فمقتضاه أن السفيه يداين ويعامل.

والجواب عن الأول: أن الأشد: البلوغ.

وعن الثانى: يبطل، فالعبد والمريض محجور عليهما فى المال دون النفس،

والسر: أن الوازع الطبيعي يمنع من الإقرار بالقصاص، والحدود، ويحث على اللذات، والشهوات؛ فلذلك حمل إقراره فى الأبدان على تحقق السبب الشرعى، بخلاف المال.

وعن الثالث: أن الاستثناء أخرج هؤلاء الثلاثة عن المداينة، ولا يصح قولهم: الهاء فى وليه للحق؛ لأن إقرار صاحب الحق لا يوجب شيئًا، ولأنه جمع الثلاثة بحرف العطف، والصبى، والمجنون يقر عنه وليه بالبيع والشراء، وقبض الثمن، والسلم، فكذلك المبذر؛ لأن العطف يقتضى التسوية.

قال مالك: ولا يتولى الحجر إلا القاضى دون صاحب الشرط؛ لأنه أمر مختلف فيه، فيحتاج إلى اجتهاد فى الاختبار، ومن أراد الحجر على ولده أتى به الإمام؛ ليحجر عليه ويشهره فى الأسواق والجامع، ويشهد على ذلك، فمن عامله بعد ذلك فهو مردود، قال بعض البغداديين: ولا يزول الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم، إلا بحكم حاكم؛ للحاجة للاختبار، وتحقق إبطال سبب الحجر.

وفى الجواهر: يزول الحجر عن المبذر إذا عرف منه زوال ذلك.

فرع: قال اللخمى: إذا تصرف من يستحق الحجر قبل الحجر: نفذه ابن كنانة، وابن نافع؛ لعدم حجر الحاكم؛ لأنه العلة عندهم، وأبطله ابن القاسم؛ لوجود السفه، ورده مطرف إن لم يأت عليه حالة رشد؛ لأنه لم يزل فى ولاية، وإلا نفذ، إلا أن يكون بيعه خديعة، فيبيع ما يساوى ألفًا بمائة، ففرق بين هبته، وبيعه.

قال: والصواب: رد الهبة، ويضمنها الموهوب له إن صون بها ماله.

وفى الجواهر: وقيل: يرد تصرفه إن كان ظاهر التصرف، وإلا فلا؛ لقلة الفساد، وعكسه لو رشد ولم ينفك الحجر عنه، فيختلف فيه، هل يراعى السفه وقد زال، أو حجر الحاكم وهو باق؟

فرع: فى المقدمات: السفيه البالغ يلزمه جميع حقوق الله -تعالى - التى أوجبها على عباده فى بدنه، وماله من الحد، والقصاص، والطلاق.

وقال أبو يوسف، وابن أبى ليلى: لا يقع الطلاق؛ لأنه أمر تقع المعاوضة عليه، فهو تصرف فى المال بغير عوض، [وكذلك الظهار][1] وينظر له وليه [فيه][2] إن

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

رأى [أن][١] يكفر عنه بالعتق، ويمسك عليه امرأته: فعل، أو [لا] يعتق، أو ويفرق بينهما، ولا يجزيه الصيام ولا الإطعام إن حمل ماله العتق.

وقال محمد: إذا لم ير له وليه أن يكفر عنه بالعتق، فله هو أن يكفر بالصيام، ولا يطلق عليه فى مذهبه حتى يضرب له أجل الإيلاء، إن طلبته المرأة، ولا حد فى ذلك عند ابن القاسم.

وقال ابن كنانة: لا يعتق عنه وليه إلا فى أول مرة؛ لأن المرة الواحدة تقع للعاقل والسفيه، وقاله محمد.

وأما الإيلاء إن دخل عليه بسبب يمين الطلاق هو فيها على حنث أو بامتناع وليه من التكفير فى الظهار[٢] لزمه، وأما إن حلف على ترك الوطء بعتق، أو صدقة مما يدخل تحت الحجر: لم يلزمه الإيلاء، أو بالله - تعالى -: لزمه الإيلاء إن لم يكن له مال، ولم يلزمه إن كان له، أو بصيام أو صلاة مما يلزمه: لزمه الإيلاء، وعلى قول محمد: يلزمه الإيلاء باليمين بالله - تعالى - وإن كان له مال.

ولا يلزمه تبرع، ولا عتق، ولا معروف فى ماله إلا أن يعتق أم ولده؛ لأنه كالطلاق؛ إذ ليس فيها إلا الاستمتاع، وفى تبعية مالها لها ثلاثة أقوال: يتبعها عند مالك، وأشهب لا يورث بشهادة النساء على النسب؛ فلا يثبت الأصل ويثبت الفرع، فالتبع أمره خفيف، ولا يتبعها عند ابن القاسم؛ لأن تصرفه لا ينفذ فى المال، ويتبع القليل فقط عند أصبغ.

وقال المغيرة: لا يلزمه عتقها؛ لأنه معروف نشأ عن المال، ولو قتلت لأخذ قيمتها. ولا ينفذ إقراره بالدين إلا فى المرض، فيكون فى الثلث.

وبيعه، وشراؤه، وزواجه من المعاوضات موقوف على إجازة وليه ورده، ويجتهد له فى ذلك، فإن لم يكن ولى فالقاضى، فإن لم يفعل حتى رشد: يخير هو فى ذلك، فإن رد بيعه أو شراؤه وقد تلف الثمن: لم يتبع ماله بشىء، فإن أولد الأمة، فقيل: فوت، وقيل: لا، كالعتق، وترد، ولا يكون عليه من قيمة الولد شىء، فإن أنفق الثمن فيما لا بد له منه، ففى اتباع ماله به قولان.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الطهارة.

فإن باع أمة، فأولدها المشترى، أو أعتقها، أو غنمًا فتناسلت، أو بقعة فبناها، أو ما يغتل فاغتله: فهو كمن استحق من يده بعد إحداث ذلك فيه: ترد الأمة وينقض العتق، ويأخذ الأمة التى ولدت، وقيمة الولد على الخلاف المعلوم، وإن كان الولد من غيره بتزويج: أخذه مع الأم، ويأخذ الغنم ونسلها، وعليه قيمة البناء قائمًا فى البنيان، وتكون الغلة بالضمان، هذا كله إن لم يعلم أنه مولى عليه، وإلا فحكمه حكم الغاصب: يرد الغلة، وله قيمة البناء منقوضًا.

وفى رد ما فات بالبيع، والهبة، والعتق، والصدقة، ولم يعلم به حتى مات، هل يرد بعد الموت؟ قولان.

وإن تزوج ولم يعلم الولى بنكاحه، هل ترثه المرأة وتأخذ الصداق؟ أقوال: لا ترث، ولا صداق إلا أن يدخل بقدر ما يستحل به فرجها، وتأخذ الميراث والصداق، [والثالث][1]: ترث، وإن كان النكاح غبطة فلها الصداق، دخل أم لا، أو على وجه الغبطة: ردت الصداق إلا ربع دينار إن دخل بها، وإلا فلا، قاله أصبغ، والقولان المتقدمان لابن القاسم، وذلك مبنى هل فعله على الجواز حتى يرد؟ أو على الرد حتى يجاز؟

وهل يزوجه بغير أمره، كالصغير، أو إلا بأمره؟ قولان من المدونة، وكذلك المخالعة بغير إذنه، أو إلا بإذنه وهو فى المدونة.

ويلزمه ما أتلف اتفاقًا، فإن اؤتمن عليه: فخلاف، ولا يحلف إذا ادعى عليه فى ماله بخلاف ما يجوز فيه إقراره، ويحلف مع شاهده ويستحق، وإن نكل حلف المدعى عليه وبرئ عند ابن القاسم، وعند ابن كنانة: إن نكل فكذلك، إلا أن يحسن حاله، فيكون له أن يحلف ويستحق، كالصغير يبلغ ويعقل مع المعاملة.

ويجوز عفوه عن دمه خطأ أو عمدًا؛ لأنه ليس بماله، وفى دون النفس من الجراح نفذه ابن القاسم؛ لأن أصله ليس بمال، ورده عبد الملك؛ لأنه يصالح عليه بالمال.

واختلف فى شهادته إذا كان مثله لو طلب ماله أخذه وهو عدل، جوزها مالك، وردها أشهب.

---

(١) سقط فى ط.

فرع: فى الجواهر: إذا استدان المحجور بغير إذن الولى، ثم فك حجره: لم يلزمه ذلك إن حجر عليه لحق نفسه، والصغير، دون من حجر عليه لغيره، كالعبد يعتق إلا أن يفسخه عنه سيده قبل عتقه.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: ليس على الولى الإنكار على من يعامل المحجور؛ لأن المعامل إن علم، فهو المفرط، وإلا فعليه التعرف.

فرع: قال: قال مالك: إذا باع المولى عليه ثوبًا، فتداولته الأملاك، فصبغه الأخير: قوم على المبتاع أبيض بغير صبغ، ويتراجعون الأثمان فيما بينهم، ويأخذ الثوب إن وجد؛ لأنه لم يزل عن ملكه، وإلا فعلى الذى تلف عنده قيمته، إن تلف بصبغه، ولا يلزم المحجور عليه شىء فى ذلك؛ لأن المشترى منه أتلف ماله، والذى صبغ شريك فى الثوب بما زاد.

فرع: قال: قال مالك: إذا اكترى دابة، فتعدى عليها، فتلفت، فلا ضمان عليه؛ لأن صاحبها هو متلفها حيث سلمها له، وإن لم يعلم فقد فرط فى عدم التعرف.

فرع: فى النوادر: قال عبد الملك: إذا بعت مولى، وأخذت حميلًا بالثمن، فرد ذلك السلطان، وأسقطه عن المولى، فإن جهلت أنت والحميل حاله: لزمت الحمالة؛ لأنه أدخلك فيما لو شئت كشفته، وإن دخلت فى ذلك بعلم: سقطت الحمالة، علم الحميل أم لا؛ لبطلان أصلها.

فرع: قال: قال عبد الملك: إذا دفعت إلى مولى عليه دنانير سلما فى سلعة، فاشترى بها اليتيم سلعة أو وهبها رجلًا: فلك أخذ الدنانير بعينها من الثانى.

قال عيسى: ولو اشترى بها أمة، فأحبلها: فهى له أم ولد، وليس لك أخذها فى مالك، وترد أنت السلعة، ولو ابتاع هو أمة، فأولدها: ردها، والولد ولده بغير قيمة عليه.

السبب الرابع: الرق

فى الجواهر: للسيد المنع من التصرف فى المال معاوضة أو غيرها، قليل المال وكثيره، كان الرقيق يحفظ أو يضيع؛ لتعلق حق السيد به فى زيادة القيمة والانتزاع.

وفى الكتاب: لك منع أم ولدك من التجارة فى مالها كما لك انتزاعه.

السبب الخامس: النكاح

وأصله قوله - عليه السلام -: «تُنْكَحُ المرْأَةُ لأَرْبَعٍ لِدِينِهَا وَحَسَبِهَا وَمَالِهَا

وَجَمَالِهَا»[١]، وإذا تعلق به حق الزوج؛ لبذله الصداق فيه: كان الحجر فيما يخل به.

وخالفنا الأئمة.

وروى ابن ماجه: أن امرأة كعب بن مالك أتت النبى ﷺ بحلى لها، فقال لها النبى ﷺ: «لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى تَسْتَأْذِنَ زَوْجَهَا، فَهَل اسْتَأْذَنْتِ؟» فقالت: نعم، فبعث - عليه السلام - إلى كعب فقال: «هَلْ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحُلِيِّها؟» فقال: نعم[٢].

وفى أبى داود «لَا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»[٣].

ولقوله تعالى ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤].

وقياسًا على المرض.

احتجوا بما فى الصحيحين: «أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للنساء: تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ»[٤] وقياسًا على الرجال.

وأجابوا عن قياسنا بوجوه:

أحدها: أن المرض يقضى بالمال للوارث، والزوجية تجعل الزوج من أهل الميراث، فهى أحد وصفى العلة، فلا يثبت الحكم بها، كما لا يثبت الحجر لها عليه.

وثانيها: تبرع المريض موقوف، وههنا يبطل مطلقًا، والفرع لا يزيد على الأصل.

وثالثها: انتفاع المرأة بمال زوجها بالنفقة وغيرها أكثر من تحمل الزوج، ولم يحجر عليه أولى [ألا يثبت له الحجر عليها][٥].

والجواب عن نصهم: القول بالموجب، فإنا إنما نمنع التصدق بما زاد على

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٩)، والطحاوى (٢/ ٤٠٣) من حديث عبد الله بن يحيى رجل من ولد بن كعب بن مالك عن أبيه عن جده.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٤٧) من حديث عبد الله بن عمرو.

(٤) تقدم.

(٥) سقط فى ط.

الثلث، ورسول الله ﷺ لم يعين ذلك.

وعن القياس: الفرق بأن الرجل بذل الصداق في المال، فتعلق حقه، بخلافها.

تفريع: في الجواهر: للزوج منعها من التصرف فيما زاد على ثلثها من هبة، أو صدقة، ونحوه مما ليس بمعاوضة؛ لقوله - عليه السلام - «لا يحل لامرأة تقضى في ذي بال من مالها إلا بإذن زوجها»[١]، والثلث ذو بال، وليست أسوأ حالًا من المريض، فإن تبرعت بأكثر من الثلث: أجازه ابن القاسم حتى يرده الزوج، كعتق المديان ورواه مالك، وقال عبد الملك: هو مردود في الأصل؛ لقوله - عليه السلام- في الحديث «لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ».

فإن لم يعلم الزوج حتى بانت بموت أو طلاق، أو علم، فرده، ولم يخرجه من ملكها حتى تأيمت: نفذ لانتفاء الضرر.

وقال ابن القاسم: ذلك كذلك إلا أن يرده الزوج حين علم.

وقال أصبغ: أقول بقوله في الموت، وفي التأيم بقول عبد الملك، وإذا تبرعت بما زاد على ثلثها: خير الزوج بين إجازة الجميع، ورد الجميع؛ لاشتماله على الممنوع.

وقال عبد الملك: يرد ما زاد على الثلث فقط، كالمريض؛ لأنه المحرم، إلا العتق يبطل جميعه؛ لأنه لا يتبعض، ثم ليس لها التصرف في بقية المال الذي أخرجت ثلثه لاستيفائها حقها، ولها ذلك في مال آخر إن طرأ.

فرع: في الكتاب: له منعها من الخروج دون التجارة.

فرع: في النوادر: قال ابن القاسم: إذا أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره جاز، ولو أعتقته كله لم يجز منه شيء؛ لأن العتق لا يتبعض.

وقال عبد الملك: يبطل في الوجهين؛ لأن عتق بعضه كعتق كله؛ لوجوب التقويم على معتق البعض، وقاله مالك.

وقال أصبغ: إذا أعتقت ثلث عبد لها مشترك، كمل عتقه عليها، إلا أن يرد ذلك الزوج؛ لأن أصله: أن فعلها ماض حتى يرد.

وإن كان لها عبيد، فأعتقت أثلاثهم.

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وقد تقدم بمعناه.

قال عبد الملك: بطل، ولو أعتقت ثلثهم، فإن خرج عبد، وبقى من الثلث أسهم حتى يتم الثلث: فإن كان تمامه فى أقل من عبد: رق جميعه.

قال عبد الملك: وإذا دبرت عبدها: مضى، ولا يرده الزوج لبقاء رقه، وإنما منعت بيعه، ولها الامتناع من البيع من غير تدبير، وقاله مالك وابن القاسم.

وقال عبد الملك: لا يتم ذلك إلا بإذنه كعتقه.

فرع: قال: قال مالك: إذا تصدقت بالثلث فأقل - على وجه الضرر بالزوج - رده، وأمضاه ابن القاسم؛ لأنه حقها.

فرع: قال: قال عبد الملك: لها النفقة على أبويها وكسوتهما وإن تجاوز الثلث، ولا مقال للزوج لوجوبهما عليها.

فرع: قال: قال أصبغ: إذا تصدقت بشوار بيتها، وهو الثلث: مضى وإن كره الزوج، وتؤمر هى بتعمير بيتها بشوار مثله، وكذلك لو تصدقت بصداقها.

فرع: قال: قال عبد الملك: إذا أقرت فى الجهاز الكثير: أنه لأهلها جملوها به، والزوج يكذبها: فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية: نفذ، أو بمعنى العطية: رد إلى الثلث.

فرع: قال: قال ابن وهب: ليس للعبد منع امرأته الحرة مثل الحر؛ بل لها التصدق بمالها؛ لضعف ملكه فى ماله، وكيف فى مال امرأته، ولا مقال للحر فى امرأته الأمة؛ لأن مالها لسيدها.

وقال أصبغ: العبد كالحر؛ لأنه يتجمل بالمال، وقاله مالك.

فرع: قال: قال ابن عبد الحكم، إذا أراد الزوج الخروج بامرأته إلى بلد [آخر][(١)]، ولها عليه دين حل، أو قارب الحلول، أو لم يقارب، وقالت: لا أخرج، ههنا بيتى: فله الخروج بها، وتطلبه بالدين حيث ما حل، وإن طلبت كتابًا من القاضى بما ثبت من دينها: فذلك لها، إن كان قريبًا، بخلاف البعيد.

نظائر: قال ابن بشير: سبعة يختص تصرفهم بالثلث: ذات الزوج، والمريض، والحامل فى ستة، والزاحف فى الصف، والمحبوس للقتل، والمقتص منه فى جراح أو سرقة أو ضرب مما يخاف عليه الموت، وراكب البحر على خلاف فيه.

---

(١) سقط فى ط.

السبب السادس: الردة

قال صاحب التنبيهات: قال ابن القاسم: إن قتل المرتد أو المرتدة لم ينفذ بيعهما فى زمن الردة، ولا شراؤهما؛ لأن نفوذ التصرف إنما هو لتحصيل مصالح الحياة، والمرتد مراق الدم، ويوقف مالهما ويطعمان منه، وإن عاملا بعد الحجر، فلحقهما دين لم يلحق مالهما، ولا فيما ملكاه بهبة أو غيرها إن قتلا بالردة، وإن أسلما كان ذلك فى ماله، وما ربح من تجارته فى الردة ففى ماله، فإن جهلت ردته سنين، وداين الناس، جاز عليه لطول أمره.

قال التونسى: بيع المرتد وشراؤه إذا لم يعلم به، ولا حجر عليه جائز عليه حتى يوقف ويحجر عليه، فيكون الأمر موقوفًا، فإن قتل رد فعله، وإن أسلم مضى.

وفى الجواهر: يجرى الخلاف فى المرتد إذا باع قبل الحجر؛ قياسًا على المهمل.

فرع: قال فى النوادر: قال ابن عبد الحكم: لا يقضى الإمام عن المرتد إلا ما حل من ديونه، فإذا قتل حل المؤجل، ويحاصص فى ماله بالحال والمؤجل، ولو أسلم بقى الأجل على حاله، ولمن حل دينه قبضه منه، بخلاف المفلس، ولو لحق بدار الحرب سمعت البينة عليه، ولا يحل مؤجله، بخلاف المفلس؛ لأن خراب الذمة ههنا بطريق العرض، ولا يكون واجد سلعته أحق بها بخلاف المفلس لذلك.

وإذا مات مرتد فماله فيء.

* * *

كتاب الغصب والاستحقاق

الغصب لغة: قال الجوهرى: أخذ الشيء ظلمًا، وتقول غصبه منه وعليه سواء، والاغتصاب مثله.

وفى اصطلاح العلماء: أخذه على وجه مخصوص.

قال صاحب المقدمات: التعدى على رقاب الأموال سبعة أقسام، لكل منها حكم يخصه وهى كلها مجمع على تحريمها وهى: الحرابة، والغصب، والاختلاس، والسرقة، والخيانة، والإدلال، والجحد.

فجعل الظلم فى الأخذ أنواعًا متباينة، ويدل على تحريمه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا إِنَّمَا يَأۡكُلُونَ فِي بُطُونِهِمۡ نَارٗاۖ وَسَيَصۡلَوۡنَ سَعِيرٗا﴾ [النساء: ١٠].

وقوله - عليه السلام - فى مسلم فى حجة الوداع فى خطبة يوم النحر: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَام عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِى شَهْرِكُمْ هَذَا فِى بَلَدِكُمْ هَذَا»[(١)].

سؤال: المشبه يجب أن يكون أخفض رتبة من المشبه به، فكيف [شبه][(٢)] حرمة الدماء وما معها بحرمة البلد مع انحطاطها عن المذكورات فى نظر الشرع بكثير.

جوابه: أن التشبيه وقع بحسب اعتقادهم، فإنهم كانوا يعظمون البلد، والشهر [الحرام][(٣)] المشار إليهما، ويحتقرون الأمور المذكورة.

وقوله - عليه السلام -: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنْ أَرْضٍ طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ»[(٤)]

---

(١) من حديث أبى بكرة أخرجه البخارى (١٠/ ١٠) كتاب الأضاحى: باب من قال: الأضحى يوم النحر (٥٥٥٠)، ومسلم (٣/ ١٣٠٥) كتاب القسامة: باب تغليظ تحريم الدماء (٢٩ - ١٦٧٩).

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى ط.

(٤) بلفظ من «ظلم» أخرجه البخارى (٥/ ١٢٣) فى المظالم: باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٢)، وأخرجه بلفظ «من أخذ» (٦/ ٢٩٣) فى كتاب بدء الخلق: باب ما جاء فى سبع أرضين (٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣١) فى المساقاة: باب تحريم الظلم وغصب الأرض (١٤٠/ ١٦١٠)، والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٨ - ٩٩)، والطبرانى فى الصغير (١/ ٩٩)، وأبو =

متفق عليه.

فائدة: تدل على أن العقار يمكن غصبه خلافًا لـ (ح).

فائدة: قال العلماء: لم يرد فى السمعيات ما يدل على تعدد الأرضين إلا قوله - تعالى -: ﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَ سَبۡعَ سَمَٰوَٰتٖ وَمِنَ ٱلۡأَرۡضِ مِثۡلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ١٢] وهذا الحديث.

وقيل: المثلية فى العظم، لا فى العدد، فلا دلالة إذن فى الآية.

فائدة: قال البغوى[١]: قيل: طوقه، أى: كلف حمله يوم القيامة، لا طوق التقليد. وقيل: تخسف الأرض به، فتصير البقعة المغصوبة فى حلقة كالطوق، قال: وهذا أصح، لما فى البخارى: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَخَذَ مِنَ الأَرْضِ شِبْرًا بِغَيْرِ حَقِّهِ خُسِفَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى سَبْعِ أَرَضِينَ»[٢].

قال صاحب التنبيهات: الغصب لغة: أخذ كل ملك بغير رضا صاحبه، عينًا أو منفعة، وكذلك التعدى، سرًّا أو جهرًا.

وشرعًا: أخذ الأعيان المملوكات بغير إذن صاحبها، قهرًا من ذى قوة.

والتعدى عرفًا: أخذ العين، والمنفعة، كان للمتعدى يد أم لا، بإذن أم لا، كالقراض، والوديعة والصاع، والبضائع، والإجارة، والعوارى.

[مطلب الفرق بين الغصب والتعدى][٣]

والفرق بينهما فى الفقه، من وجوه:

أحدها: الغاصب يضمن يوم وضع اليد، والمتعدى يوم التعدى، وإن تقدمت اليد.

وثانيها: الغاصب لا يضمن إذا رد العين سالمة، بخلاف المتعدى، وإن كان ابن القاسم جعل الغاصب كالمتعدى إذا أمسكها عن أسواقها، أو حتى نقصت قيمتها.

وثالثها: الغاصب يضمن الفساد اليسير، دون المتعدى.

= نعيم فى الحلية (١/ ٩٦) من حديث سعيد بن زيد رضى الله عنه.

(١) ينظر شرح السنة (٤/ ٣٧٢).

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ١٢٤) فى المظالم: باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٤) وفى (٦/ ٤٣٣ - ٤٣٤) كتاب بدء الخلق باب ما جاء فى سبع أرضين (٣١٩٦).

(٣) سقط فى ط.

ورابعها: على المتعدى كراء ما تعدى عليه، عند مالك، دون الغاصب.

وقال غيره: الغصب: رفع اليد المستحقة، ووضع اليد العادية قهرًا.

وقيل: وضع اليد العادية قهرًا ويبنى على التعريفين: أن الغاصب من الغاصب غاصب على الثانى دون الأول؛ لكونه لم يرفع اليد المستحقة.

فرع: قال صاحب المقدمات: أخذ المال بغير حق يكفر مستحله، فإن تاب، وإلا قتل، لكونه مجمعًا عليه ضروريًا فى الدين، ويستوى فى الغصب.

وروى مالك مرسلا، وأبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِي لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[1]، فروى بالتنوين فى عرق على النعت، وبعدمه على الإضافة، قاله صاحب المطالع.

وفى النكت: عرق الظالم ما يحدثه فى المغصوب، قال ابن شعبان: العروق أربعة: ظاهران: البناء والغرس، وباطنان في الأرض الآبار والعيون.

وفى الصحيحين: «لَا يَحْلُبَنَّ أَحَدُكُمْ مَاشِيَةَ أَخِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ تُؤْتَى مَشْرَبَتُهُ فَتُكْسَر فَيُنْقَل طَعَامُهُ، فَإِنَّما تَخْزُنُ لَهُمْ ضُرُوعُ مَوَاشِيهِمْ أَطْعِمَتَهُمْ فَلَا يَحْلُبَنَّ أَحَدُكُمْ مَا شِيَةَ أَخِيهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ»[2].

فائدة: المشربة: الغرفة يوضع بها المتاع.

وبه قال أكثر العلماء إلا فى حالة الاضطرار.

وقال ابن حنبل: يجوز بغير إذنه مطلقًا؛ لأن رسول الله ﷺ فعل ذلك فى خروجه للمدينة، وهو عندنا محمول على عادةٍ وضرورة.

وقال جماعة من العلماء: يباح لابن السبيل أكل ثمار الغير بغير إذنه، نقله صاحب التمهيد؛ بناء على فعله - عليه السلام - فى حديث ابن التيهان الذى قال فيه - عليه السلام -: «لَتُسْأَلُنَّ عَنْ نَعِيمِ يَوْمِكُمْ هَذَا»[3].

وجوابه: أن ذلك للضرورة؛ لأن فى الحديث المذكور أنه أخرجه - عليه السلام -

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٨٨) كتاب اللقطة: باب لا تحتلب ماشية أحد بغير إذنه (٢٤٣٥)، ومسلم (٣/ ١٣٥٢) فى اللقطة: باب تحريم حلب الماشية بغير إذن مالكها (١٣/ ١٧٢٦)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٩٧١) فى الاستئذان: باب فى أمر الغنم (١٧) من حديث ابن عمر.

(٣) تقدم.

من بيته هو وأصحابه الجوع أو : لقوة إدلاله - عليه السلام - على صاحب المكان ، فإن الصحابة كانوا - رضى الله عنهم - معه أعظم من ذلك .

وفى الكتاب بابان:

* * *

الباب الأول

فى الضمان

وأركانه أربعة

الأول: الموجب:

وفى الجواهر: أسباب الضمان ثلاثة: التفويت مباشرة، والتسبب، واليد غير المؤمنة، فيندرج الغاصب، والمتعدى، والمستام إذا تلف تحت يده، وهى خير من قولهم: اليد العادية؛ لأنها لا تعم.

وحد المباشرة: اكتساب علة التلف، وهى ما يقال -عادة-: حصل الهلاك بها من غير توسط، والسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة كحفر البئر فى محل عدوان فتتردى فيه بهيمة أو غيرها، فإن أرداها غير الحافر، فالضمان على المردى؛ تقديمًا للمباشرة على السبب، ويضمن المكره على إتلاف المال لأن الإكراه سبب، وعلى فاتح القفص بغير إذن ربه فيطير ما فيه حتى لا يقدر عليه، والذى حل دابة من رباطها، أو عبدًا مقيدًا خوف الهرب فيهرب لأنه متسبب، كان الطيران والهرب عقيب الفتح والحل أو بعده، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحًا وما فى الدار أحد، والفاتح دارًا فيها دواب فتهرب وليس فيها أربابها ضمن؛ وإلا فلا لوجود الحافظ.

وقال أشهب: إن كانت الدواب مسرجة ضمن وإن كان رب الدار فيها لتيسر: الخروج قبل العلم بالفتح.

وفى كتاب اللقطة: لو كان ربها فيها نائمًا: لم يضمن، وإن ترك الباب مفتوحًا فخرجت الدواب وإنما يضمن إذا لم يكن فيها أربابها.

قال التونسى: الضمان، وإن كان أربابها فيها لأنهم اعتمدوا على الباب، فهو المتسبب فى ذهاب الدواب.

ووافقنا ابن حنبل فى هذا ونحوه.

وقال (ش): إذا طار الحيوان عقيب الفتح ضمن وإلا فلا.

وقال (ح): لا يضمن إلا فى الزق إذا حله، فيتبدد ما فيه وبخلاف المتردى، فإن المتردى فى البئر لا يقصد التردى، والحيوان مستقل بإرادة الحركة.

وقال (ش): لو حل وكاء الزق المغتصب، فطرحته الريح: فلا ضمان؛ لأن الإتلاف بسبب الزيح، وهى غير معلومة الحركة، فلا ضمان فى أى زمان تكون و [كذا][١] إذا تحركت فغير معلومة النهوض؛ للإراقة، بخلاف حر الشمس أذابتها فى الزق؛ لأنه معلوم الحصول، فالتغرير فيه متعين فيضمن.

لنا: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢] وهذا ظالم فيكون عليه السبيل، ولا سبيل بالإجماع إلا الغرم فيغرم، أو نقول: فيندرج الغرم فى عموم السبيل فيغرم.

وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

فمقتضاه: أن يفتح له قفصًا كما فتح، فيذهب ماله، لكن سقط فتح القفص بالإجماع، وبقى غرم المال على أصل الوجوب.

والقياس على حل الزق، والتردى فى البئر أو على ما إذا فتح القفص، وهيجه فطار، أو فتح باب مراحه فخرجت الماشية، فأفسدت الزرع، فإنه يضمنه.

احتجوا بأنه إذا اجتمع السبب، والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه، والطير مباشر باختياره لحركة نفسه كمن حفر بئرًا عدوانًا فدفع غير الحافر فيها إنسانًا، فإن الدافع يضمن دون الحافر، أو طرح رجل فيها نفسه، والحيوان قصده معتبر؛ بدليل جوارح الصيد إن أمسكت لنفسها لا يؤكل، أو للصائد أكل.

والجواب: لا نسلم: أن الطائر مختار للطيران، ولعله حينئذ كان يختار؛ لانتظار العلف أو خوف الكواسر وإنما طار خوفًا من الفاتح فيصير ملجأ للطيران، وإذا جاز، وجاز والتسبب معلوم، فيضاف الضمان إليه، كما يجب على حافر البئر يقع فيها حيوان مع إمكان اختياره؛ لنزولها لتفريخ خلقه أو غير ذلك.

ولا نسلم أن الصيد [لا][٢] يؤكل إذا أكل منه الجارح، سلمناه لكن الضمان يتعلق بالسبب الذى توصل به الطائر لمقصده، كمن أرسل بازيًا على طير غيره، فقتله البازى باختياره فإن المرسل يضمن، وهذه المسألة تقتضى اعتبار اختيار الحيوان.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

ثم لا نسلم أن الفتح سبب مجرد بل هو فى معنى المباشرة لما فى طبع الطائر من النفور من الآدمى.

وأما إلقاء غير حافر البئر إنسانًا أو إلقاؤه هو لنفسه، فالفرق أن قصد الطائر ونحوه ضعيف لقوله - عليه السلام -: «جرح العجماء جبار»[1]، والآدمى يضمن قصد أو لم يقصد.

فرع: فى الكتاب: موت الحيوان وانهدام العقار بفور الغصب أو بعده بغير سبب الغاصب يضمنه بقيمته يوم الغصب.

تمهيد: وفيه قاعدة أصولية وهى: أن ترتب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم.

وقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[2]، فيه لفظ «على» الدال على اللزوم والوجوب، وقد رتبه ﷺ على وصف الأخذ، فيكون وضع اليد للأخذ سبب الضمان.

ولنا: قاعدة أخرى أصولية فقهية وهى: أن الأصل: ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ، فيترتب الضمان حين وضع اليد فلذلك ضمنًا بوضع اليد، وأوجبنا القيمة حينئذ.

فرع: قال: استعار دابة إلى منزله فبلغه، ثم تنحى قربها، فنزل فيه، فهلكت فى رجوعه: فإن كان ما تنحى إليه من معاد الناس: لم يضمن، وإن جاوز منازل الناس: ضمن.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إن كانت الزيادة لا خيار لربها فيها إذا سلمت، ثم رجع بها سالمة إلى الموضع الذى تكارى إليه فماتت، أو ماتت فى الطريق إلى الموضع الذى تكارى إليه، فليس إلا كراء الزيادة لاستيفائه منفعة الزيادة، وضعف التعدى لعدم الخيار، وكرده لما تلف من الوديعة.

---

(١) أخرجه البخارى (٣/ ٤٢٦) فى الزكاة: باب فى الركاز الخمس (١٤٩٩)، ومسلم (٣/ ١٣٣٤) فى الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار (٤٥/ ١٧١٠).
والنسائى (٥/ ٤٥) فى السنن، كتاب الزكاة: باب المعدن. وأحمد فى السنن (٢/ ٤٧٥)، والدارمى فى السنن (٢/ ١٩٦)، والبيهقى فى السنن (٤/ ١٥٥ - ٨/ ٣٤٣)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٦٨) فى العقول: باب جامع العقل (١٢) من حديث أبى هريرة.

(٢) تقدم

ولو كانت الزيادة يسيرة لم تعن على الهلاك، فهلكت بعد ردها إلى الموضع المأذون بغير صنعه، فهو كهلاك تسلف الوديعة بعد رده.

وإن كانت الزيادة مما تعين على الهلاك، كاليوم: فإن [كان][1] لا يضمن فى ذلك لو ردها بحالها، فإنه يضمن ههنا لإعانتها على الهلاك.

فرع: فى الكتاب: يعاقب مدعى الغصب على من لا يتهم به، لجنايته على عرضه مع تكذيبه بظاهر الحال، والمتهم ينظر فيه الإمام ويحلفه، لاحتمال أن يعترف، فإن نكل لم يقض عليه حتى ترد اليمين على المدعى، كما ترد فى الحقوق.

قال ابن يونس: الذى يليق به ذلك: يهدد، ويسجن، ويحلف، ولا يهدد فيما لا يعرف بعينه؛ لأن إخراجه لا يوجب أخذه حتى يقر آمنا، وإذا أقر مكرهًا فى المعين: أفاد؛ لأنه معروف، فكيف ما ظفر به أخذ، وإن [كان][2] من أوساط الناس، لا يليق به ذلك: لا يحلف، ولا يلزم راميه بذلك شىء، أو من أهل الخير أدب؛ لأن ظاهر الحال يكذبه. ومنع أشهب التأديب واليمين مطلقًا إذا لم يحقق عليه الدعوى؛ لأن الأصل عدم سبب ذلك.

فرع: فى الكتاب: قال: غصبتك هذا الخاتم، وفصه لى، أو: هذه الجبة، وبطانتها لى، أو: هذه الدار وبناؤها لى: لم يصدق إلا أن يكون نسقًا؛ مؤاخذة له بإقراره، والرجوع عن الإقرار غير مسموع.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: إذا بنيت فى أرضه وهو حاضر يراك، ثم نازعك فلك قيمة ما أنفقت؛ لأن الأصل عدم الرضا.

قال ابن القاسم: ذلك فى فيافى الأرض، وحيث لا يظن أن تلك الأرض لأحد، ولو بنى -أيضًا - فى مثل ذلك المكان الذى يجوز إحياء مثله، ولم يعلم صاحبه: لم يكن له إخراجه إلا أن يغرم القيمة مبنية، وأما المتعدى: فيهدم بناؤه، ويقلع غرسه إلا أن يعطى المالك قيمته مقلوعًا.

قال ابن القاسم: لو بنى، أو غرس فى أرض امرأته أو دارها، ثم يموت أحدهما:

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

فللزوج، أو لورثته على الزوجة، أو ورثتها قيمة البناء مقلوعًا، وإنما جاز له فيما غرس من مال امرأته حال المرتفق بالعارية يغرس فيها أو يبنى، إلا إن شهدت بينة بإنفاقه فى ذلك من مالها فكيف البناء والغرس، فإن ادعت أنه من مالها من غير بينة حلف، أو من يظن به العلم من بالغى ورثته أنه لا يعلم دعواها وأخذ النقض، ولها إعطاء قيمته مقلوعًا.

فرع: قال: قال مالك: إذا بنيت فى أرضك المشتركة، أو غرست فلتقتسما، فإن صار بناؤك فيما وقع لك فهو لك، وعليك كراء حصة شريكك فيما خلا، أو فيما وقع له، خير فى إعطائك قيمة ذلك مقلوعًا أو إخلاء الأرض، وله عليك من الكراء بقدر حصته.

قال ابن يونس: ولابن القاسم فى المدونة خلاف هذا.

قال ابن القاسم: وكذلك لو بنى أحد الورثة قبل القسم، وإن استغل الثانى من ذلك شيئًا قبل القسم وهم حضور فلا شىء لهم وكانوا أذنوا له، وإن كانوا غيبًا فلهم بقدر كراء الأرض بغير البناء.

قال عبد الملك: وكذلك الشريك إذا كان حاضرًا لا ينكر فهو كالإذن ويعطيه قيمة البناء قائمًا.

قال ابن القاسم: بل مقلوعًا.

ومنشأ الخلاف: هل السكوت من الحاضر العالم إذن أم لا؟ وكذلك اختلفوا فى البانى فى أرض زوجته.

فرع: قال: قال ابن القاسم فى رجلين تداعيا فى أرض فزرعها أحدهما، فنبتت، فقلب الآخر ما نبت، وزرع غيره ثم نبتت للأول فى أوان الحرث، فله الكراء على الثانى؛ لأنه غير غاصب، والزرع للثانى، وعليه قيمة بذر الأول على الرجاء والخوف لأنه أتلفه، وإن أنبتت الاستحقاق بعد الإبان فلا كراء له على الثانى، والزرع للثانى، وعلى الثانى قيمة بذر الأول، ولو كان غاصبًا كان لربها فى الإبان قلع الزرع، إلا أن يشاء أخذ كراء الأرض إذا كان قد بلغ النفع به.

فرع: قال: قال عبد الملك فى قوم أغاروا على منزل رجل، والناس ينظرون، فذهبوا بما فيه، ولا يشهدون بأعيان المنهوب، لكن بالغارة والنهب: فلا يعطى المنتهب منه بيمينه، وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة، وقاله ابن القاسم محتجًا بقول مالك

فى منتهبى الصرة يختلفان فى عددها: أن القول قول المنتهب مع يمينه.

وقال مطرف: يحلف المغار عليه على ما ادعى، إن أشبه أن مثله يملكه، وإذا أخذ واحد من المغيرين ضمن جميع ما أغاروا عليه مما تثبت معرفته، أو ما حلف المغار عليه مما يشبه ملكه؛ لأن بعضهم يعين بعضًا كالسراق والمحاربين، قاله مطرف.

وعن ابن القاسم: إذا أقر بغصب عبد هو ورجلان سماهما، فصدقه رب العبد فإن هذا يضمن جميع العبد، ولا يلتفت إلى من غصب معه، إلا أن تقوم عليهم بينة أو يقروا، ولو كان بعضهم مليًا، والباقون معدمون: أخذ من المليء جميع العبد، ويطلب هو أصحابه.

فرع: قال: قال ابن القاسم: السلطان أو الوالى المعروف بالظلم فى الأموال يدعى عليه الغصب: لا يحكم عليه إلا بالعدول، كغيره، والمشهور بالظلم والاستطالة بالسلطان على أموال الناس تشهد البينة العادلة أن المدعى به ملكه، وأنه فى يد هذا الظالم ولا يعلمون بأى طريق صار إليه: يأخذه المدعى إلا أن يشهد بأنه ملك الظالم، فإن شهد بالبيع وقال المدعى: بعت خائفًا، وهو من أهل السطوة: يفسخ البيع، فإن ادعى أنه رد الثمن مكرهًا بالتهديد باطنا(١): يحلف الظالم، ويبرأ؛ لأن الأصل: عدم ذلك.

قال سحنون: إذا عزل الظالم فى الأموال، وشهد بما فى يديه: أنه كان ملك زيد: كلف الظالم البينة بما صار إليه وإلا أخذ منه.

[مطلب: لو شهد للظالم عشرين سنة لا يقضى له](٢)

ولو شهد للظالم بالحيازة عشرين سنة بحضرة المدعى: لا يقضى له بذلك، ولو مات وأقام الورثة البينة: أن هذه الدور كانت لأبيهم: لا يكلفون البينة بأى طريق صارت إليه كما كان أبوهم يكلف؛ لأنه شيء نشأ فى ملكهم؛ كالغاصب فى الغلة، وفيما غرس حتى تقوم البينة بالغصب، وإلا لم يكن عليه غلة، ويأخذ قيمة الغرس قائمًا حتى يشهد بالغصب فيأخذ قيمته مقلوعًا، ويرجع عليه بالغلات، وتقوى أمر

---

(١) فى أ: باطلا.

(٢) سقط فى ط.

الغلة بالخلاف فيها.

فرع: قال: قال عبد الملك: حيازة الدار عشرين سنة مع البناء والغرس لا يمنع بينة جاره أنه غصبه أو على إقراره بالغصب، وإن كان عالمًا ببينته؛ لأن أصل هذه الحيازة علم، فإن رجع الظالم سخط القدرة يقدر عليه أو ورث ذلك ورثته، فاقتسموه بحضرته: فهو على حقه إلا أن يبيعوا، أو يصدقوا، أو يهبوا، وربه عالم بذلك: لا عذر له، فذلك إذا طال من بعد هذا يقطع حجته، ولا يضر بينة الغصب ترك الإعلام بما عندهم بالشهادة إن كان عالمًا بها أو غير عالم، لكن الظالم لا ينصف منه وإلا فهى ساقطة.

فرع: قال صاحب النوادر: قال ابن القاسم: إذا أرسل نارًا فى أرضه بحيث لا تصل، فوصلت بحمل الريح: لم يضمن؛ لعدم التغرير، أو بحيث تصل: ضمن، ودية من مات على عاقلته، وإن أغفلت أمر ماء أرضك ضمنت، وإن كان قيمك هو الذى يلى ذلك ضمن دونك، وإن تحامل الماء على الجسور بغير سبب منك لم تضمن.

قال سحنون: إن قاموا لدفع النار عن زرعهم فماتوا فهم هدر.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا شهدوا بغصب الجارية دون قيمتها وصفها الغاصب، وقومت.

قال أشهب: بقيمتها يوم الغصب، فإن لم توصف بصفة جعلت من أوضع الجوارى؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد.

وإذا اختلفا فى الصفة صدق الغاصب مع يمينه، وإن لم يأت بما يشبه صدق الآخر مع يمينه كما يقبل قول المنتهب للصرة فى عددها.

قال أشهب: يصدق الغاصب مع يمينه وإن ادعى أدنى الصفات، إنما يراعى الأشبه فى اختلاف المتبايعين فى الثمن والسلعة قائمة معلومة الحال، والمغصوب لا يعلم حاله إلا بما يقر به الغاصب.

فرع: قال: قال ابن القاسم: الشهادة بغصب أرض لا يعرفون موضعها، باطلة بخلاف التعيين مع الجهل بالحدود ويضيق عليه حتى يبين له حقه، ولا يقضى له [إلا][1] ببينة أو إقرار ويحلف المقر: أن هذا حقك.

---

(١) سقط فى ط.

قال أصبغ: أو يشهد غيرهم بالحدود، فيقضى بذلك، فإن ضيق عليه بالسجن وغيره، ولم يقر بشيء: حلف على الجميع كما يحلف المدعى عليه بغير بينة، وتسقط الشهادة.

قال ابن القاسم: فإن تعارضت بينتان فى الشراء والغصب وشكت بينة الشراء هل هو بعد الغصب أم لا؟ تقدم الشراء؛ لأنه [إن][1] كان بعد: فقد ثبت الملك، أو قبل: فشهادة الغصب باطلة.

فرع: قال فى الموازية: إذا قلت له: أغلق باب دارى فإن فيها دوابى، فقال: فعلت، ولم يفعل متعمدًا للترك حتى ذهبت الدواب: لم يضمن؛ لأنه لا يجب عليه امتثال أمرك، وكذلك قفص الطائر، ولو أنه هو الذى أدخل الدواب أو الطائر القفص، وتركهما مفتوحين وقد قلت له: أغلقهما، لضمن إلا أن يكون ناسيًا؛ لأن مباشرته لذلك تصيره أمانة تحت حفظه.

ولو قلت له: صب النجاسة من هذا الإناء، فقال: فعلت، ولم يفعل، فصببت مائعًا، فتنجس: لا يضمن، إلا أن يصب هذا المائع؛ لما تقدم.

ولو قلت: احرس ثيابى حتى أقوم من النوم أو أرجع من الحاجة، فتركها، فسرقت: ضمن؛ لتفريطه فى الأمانة، ولو غلب عليه نوم قهره لم يضمن، وكذلك لو رأى أحدًا يأخذ ثوبه غصبًا، إلا أن يكون لا يخافه، وهو مصدق فى ذلك؛ لأن الأصل: براءة ذمته، وكذلك يصدق فى قهر النوم له.

ولو قال لك: أين أصب زيتك؟ فقلت: انظر هذه الجرة، إن كانت صحيحة فصب فيها، ونسى النظر إليها، وهى مكسورة: ضمن؛ لأنك لم تأذن له إلا فى الصب فى الصحيحة.

ولو قلت له: خذ هذا القيد، فقيد [به][2] هذه الدابة، فأخذ القيد، ولم يفعل حتى هربت الدابة: لم يضمن؛ لأنك لم تدفع الدابة، بخلاف الطائر هو جعله فى القفص، فلو دفعت إليه الدابة: ضمن، وكذلك لو دفعت إليه العلف، والدابة، فترك علفها: ضمنها، ولو دفعت إليه العلف وحده فتركها بلا علف حتى ماتت جوعًا

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

وعطشًا: لم يضمن.

ولو قلت: تصدق بهذا على المساكين، فتصدق به، وقال: اشهدوا أنى تصدقت به عن نفسى أو عن رجل آخر فلا شىء عليه، عند أشهب، والصدقة عنك؛ لأنه كالآلة فلا تعتبر نيته، ولو قلت له شد حوضى، وصب فيه راوية، فصبها قبل الشد: ضمن؛ لأنك لم تأذن له فى الصب، إلا بعد الشد، فالصب قبله غير مأذون فيه بعد[1]، وكذلك: إن كان صحيحًا، فصب فيه، فنسى أو تعمد الصب قبل النظر، وكذلك: صب فيه إن كان رخامًا، فصب فيه وهو فخَّار.

قال ابن كنانة: إذا قال الصيرفى: هو جيد، وهو ردىء: ضمن؛ لأنه غرر، ولم يضمنه ابن القاسم، وإن غر بك يؤدب، وكذلك يجرى الخلاف فيما تقدم مما غر فيه بلسانه، ولمالك فى تضمين الصيرفى إذا غر بجهله قولان.

قال سحنون: والصحيح التضمين إذا غر من نفسه.

وقال ابن دينار: إن أخطأ فيما يختلف فيه: لم يضمن أو فى البين الظاهر: ضمن؛ لتقصيره.

ولو دل اللص والغاصب القاهر على مال: فللمتأخرين فى تضمين الدال قولان.

وإن أقر لك بالرق والملك على أن يقاسمك الثمن، ففعلت، ثم اطلع على ذلك، وقد هلكت: ضمن هو ما أتلف على المشترى، وقاله محمد فى الحر يباع فى المغانم وهو ساكت، إلا أن يجهل مثله ذلك.

واختلف فيمن اعتدى على رجل عند السلطان المتجاوز إلى الظلم فى المال مع أنه لم يبسط يده إليه، ولا أمر بشىء؛ بل تعدى فى تقديمه إليه مع علمه بأنه يظلمه.

فرع: فى الجواهر: لو غصب السكنى فقط، فانهدمت الدار إلا موضع سكنه: لم يضمن، ولو انهدم سكنه ضمن.

الركن الثانى: الواجب عليه:

وهو كل آدمى تناوله عقد الإسلام أو الذمة، لقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[2]، وهو عام فيما ذكرناه.

---

(١) فى أ: تعد.

(٢) تقدم.

والقيد الأول: احتراز من البهيمة؛ لقوله - عليه السلام -: «جَرْحُ الْعَجْمَاء جُبَارٌ»(١)، والأخير: احتراز من الحربى؛ فإنه لا يضمن المغصوب فى القضاء، أما فى الفتيا: فالمشهور: مخاطبته بفروع الشريعة فيضمن عند الله تعالى.

ويبقى فى الحد: العامد، والجاهل، والغافل، والعبد، والحر، والذمى؛ لإجماع الأمة على أن العمد والخطأ فى أموال الناس سواء.

قال صاحب المقدمات: يستوى المسلم، والذمى، والبالغ، والأجنبى، والقريب إلا الوالد من ولده، والجد للأب من حفيده، قيل: لا يحكم له بحكم الغصب؛ لقوله -عليه السلام -: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»(٢)، والمسلم من المسلم والذمى؛ أو الذمى من المسلم والذمى؛ لقول رسول الله ﷺ: «مَنْ ظَلَمَ ذِمِيًا أَوْ مُعَاهِدًا لَمْ يَرَحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ وَإِنَّ رِيحَهَا لَيوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ خَمْسِمِائَةِ سَنَةٍ»(٣).

ويجتمع فى الغصب حق الله -تعالى - وحق المغصوب منه إلا الصغير لا يعزر لعدم التحريم عليه، وقيل: يؤدبه الإمام.

مطلب:

قاعدة: حقه - تعالى - أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه، وكل حق للعبد ففيه حق الله -تعالى -، وهو أمره بإيصال ذلك الحق لمستحقه، هذا نص العلماء، والحديث الصحيح خلافه.

سئل رسول الله ﷺ ما حق الله على العباد؟ فقال: «أَنْ يَعْبُدُوهُ وَلَا يُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا»(٤)، ففسر حقه تعالى بالمأمور دون الأمر، فيحتمل أن يكون حقيقة فيتعين المصير إلى تفسير رسول الله ﷺ دون العلماء، ويحتمل التجوز بالمأمور عن الأمر

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه من حديث جابر بن عبد الله ابن ماجه (٢٢٩١)، والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ١٥٨) وفى مشكل الآثار (١٥٩٨). وله شاهد أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب فى الرجل يأكل مال ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب مال الرجل من مال ولده (٢٢٩٢)، وأحمد فى المسند (٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤)، وابن الجارود (٩٩٥) والطحاوى فى شرح الآثار(٤/ ١٥٨).

(٣) لم أجده بلفظه، وأصله فى صحيح البخارى (٣١٦٦) من حديث عبد الله بن عمرو.

(٤) أخرجه البخارى (١٠/ ٤١٢) كتاب اللباس: باب إرداف الرجل خلف الرجل (٥٩٦٧)، ومسلم (١/ ٥٨) كتاب الإيمان: باب الدليل على أن من مات على التوحيد (٤٨/ ٣٠) (٤٩/ ٣٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

فيوافق نصوص العلماء، ثم قد ينفرد حق الله تعالى كالمعرفة والإيمان، وقد ينفرد حق العبد كالديون والأثمان، وقد يختلف العلماء إذا اجتمعا فى أيهما يغلب، كحد القذف، ومن خصائص حق العبد وبه يعرف - تمكنه من إسقاطه، ومن خصائص حق الله -تعالى - تعذر إسقاط العبد له، وقبوله للتوبة محوًا، والتفسيق إثباتًا.

قاعدة: تعتمد المصالح المفاسد دون التحريم، تحقيقًا للاستصلاح وتهذيبًا للأخلاق، ولذلك تضرب البهائم إصلاحًا لها والصبيان تهذيبًا لأخلاقها، ولذلك قيل: يهذب الصبى على الغصب، وكذلك يضرب على الزنا، والسرقة، وغيرهما؛ نفيًا للفساد بين العباد، لا للتحريم، ولذلك قال (ش) - رضى الله عنه -: أَحُدُّ الحنفى على شرب النبيذ، وأقبل شهادته لمفسدة السكر، وإفساد العقل المتوقع إذا لم يسكر من النبيذ لانتفاء التحريم بالتقليد.

وقال مالك - رحمة الله عليه -: أحده ولا أقبل شهادته بناء على أن التقليد فى شرب النبيذ لا يصح لكونه على خلاف النص، والقياس، والقواعد.

فرع: فى المقدمات: إذا كان الغاصب صبيًا لا يعقل، فقيل: ما أصابه من الأموال، والديات هدر كالبهيمة، وقيل: المال فى ماله، والدم على عاقلته إن كان الثلث فصاعدًا، كالخطأ وقيل: المال هدر، والدم على عاقلته إن كان الثلث فصاعدًا، تغليبًا للدماء على المال، وحكم هذا حكم المجنون المغلوب على عقله.

وأما حق المغصوب منه: فرد المغصوب - إن وجد - أو قيمته يوم الغصب إن فقد، وهو غير مثلى، أو مثله فى الموزون، والمكيل، والمعدود الذى لا تختلف آحاده كالبيض والجوز.

فرع: قال ابن يونس: قال محمد: غاصب السكنى فقط كالمسودة[1] حين دخلوا، لا يضمن المنهدم من غير فعله؛ بل قيمة السكنى، ويضمن ما هو بفعله، وغاصب الرقبة يضمنها مطلقًا مع أجرة السكنى.

قال ابن القاسم: إذا نزل السلطان على مكترٍ فأخرجه وسكن: المصيبة على صاحب الدار؛ لعدم وضع اليد على الرقبة بل على المنفعة، ويسقط عن المكترى ما سكن السلطان لعدم تسليمه لما اكترى وعدم التمكن.

---

(١) هكذا بالأصل.

قال ابن القاسم: وغير السلطان في الدار والأرض يزرعها غصبًا من مكتريها: لا يسقط الكراء عن المكترى؛ لأنه هو المباشر بالغصب دون المالك للرقبة، إلا السلطان الذى لا يمنعه إلا -الله تعالى- ؛ لأنه كالأمر السماوى، بخلاف من يمنعه من هو فوقه.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب لك طعامًا أو إدامًا فأكلته، أو ثوبًا فلبسته حتى أبليته: رجع مستحقه على الغاصب الملىء؛ لأنه المتعدى المسلط، وإن كان معدمًا أو معجوزًا عنه: فعليك؛ لأنك المنتفع بماله، ولا ترجع أنت على الواهب بشىء؛ لعدم انتفاعه وانتفاعك، وكذلك لو أعارك الغاصب، فنقصت بلبسك: فلا ترجع على المعير بما تغرم، فلو اكتريته، فنقصته باللبس: أخذ المستحق ثوبه منك وما نقصه اللبس، وترجع على الغاصب بجميع الكراء كالمشترى.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا وهبك الغاصب فأبليت أو أكلت: اتبع أيكما شاء؛ لوجود سبب الضمان فى حقكما[1].

قال ابن القاسم: إن كان الواهب غير غاصب: لم يتبع غير الموهوب المنتفع، وهو خلاف ما قاله فى كتاب الاستحقاق فى مكرى الأرض يحابى فى كرائها، ثم يطرأ أخوه، وسواء بين المتعدى وغيره، وهو أصله فى المدونة: أن يبدأ بالرجوع على الواهب، فإن أعدم فعلى الموهوب، إلا أن يكون الواهب عالمًا بالغصب، فكالغاصب فى جميع الأمور، ويرجع على أيهما شاء.

وقول أشهب أقيس، ولا يكون الموهوب أحسن حالًا من المشترى، ووجه التبدئة بالغاصب: أن الظالم أحق أن يحمل عليه، والفرق بين الموهوب، والمشترى: أن المشترى إذا غرم رجع بالثمن، والموهوب لا يرجع.

قال سحنون: إذا كان المعير غاصبًا: لا يضمنه المالك النقص، بل له أن يضمنه الجميع، ولا شىء له على المستعير، وإن كان الغاصب عديمًا: بيع الثوب فى القيمة، واتبع المستعير بالأقل من تمام القيمة وما نقص لبس الثوب إلا أن يكون قد كان للغاصب مال وقت لباس المستعير، ثم زال المال، فلا يضمن المستعير شيئًا لاتباعه الغاصب بالقيمة، وإن شاء المستحق أخذ الثوب أو ما نقصه اللبس من المستعير فذلك له فى عدم الغاصب

(١) فى أ: فى حقه.

قال ابن القاسم: ولو أكرى الغاصب الدابة، فعطبت تحت المكترى: فلا يتبع إلا الغاصب إن لم تعطب بفعل المشترى بخلاف ما أكله المكترى، أو لبسه حتى أبلاه: يغرمه المكترى، ويرجع بالثمن على الغاصب.

وعن مالك: إذا آجرته ليبلغ لك كتابًا، ولم يعلم أنه عبد فعطب: ضمنه، مثل ما يتلف المشترى بنفسه ممن اشتراه أن لمستحقه تضمينه.

وفرق ابن القاسم بين العبد، والدابة المكتراة، وما بينهما فرق، وكذلك لو لم يركبها، وبعثها مع غيره إلى قرية، قال محمد: وهما سواء فى الضمان، قيل لمحمد: قد قال مالك فى المشترى يهدم الدار: لا يضمن، قال: قد قال فى قطع الثوب: يضمن.

والفرق: أن الدار يقدر على إعادتها، بخلاف الثوب، وكسر الحلى كهدم الدار لعدم التلف، وقاطع الثوب كذابح الشاة، وكاسر العصا، وباعث الغلام فيهلك، تلف له.

قال ابن يونس: ولو قال قائل: هدم الدار، وذبح الشاة، وكسر الحلى، وركوب الدابة، والبعث بها سواء: لم أعبه؛ لاستواء العمد والخطأ فى الضمان.

فرع: فى الكتاب: إذا أودع المغصوب لا ضمان على المودع إلا أن يتعدى؛ لأن يد المودع كصندوقه، وامرأته، وعبده الذى يشيل متاعه.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون: إذا قال: كنت غصبت ألف دينار، وأنا صبى: تلزمه؛ لأن الصبى فى ندم الضمان كالبالغ، ولو قال: أقررت لك بألف وأنا صبى: تلزمه؛ لأن قوله: وأنا صبى، ندم.

فرع: قال: قال سحنون: إذا أكرهك العامل على دخول بيت رجل؛ لتخرج منه متاعًا لتدفعه إليه وفعلت، ودفعته إليه، ثم عزل: لرب المتاع اتباع أيكما شاء؛ لتعديه بالأمر، وتعديك بالمباشرة، فإن اتبعك رجعت عليه، فإن غاب رب المتاع، وعزل الأمير: فلك مطالبته؛ لأن رب المتاع قد يجىء ويطالبك.

وقال ابن دينار فى ظالم أسكن معلمًا دارك؛ ليعلم ولده، ثم مات، ومت: يخير صاحب الدار بين ما لك وما له.

وقال ابن أبى زيد فى مخبر اللصوص بمطمرك أو غاصب: يضمن الدَّالُّ، وقيل: لا؛ لضعف سبب الدلالة.

فرع: قال: لو اتفقتما على أن يقر لك برق نفسه على أن تبيعه، ويقاسمك الثمن، ففعلت وهلكت: ضمن المقر بالملك لثمن البائع؛ لغروره بذلك، قاله محمد، وكذلك لو بيع فى المغانم .وهو حر، فسكت؛ لأن سكوته تغرير.

وقالوا فى المتعدى عليك عند السلطان، وهو يعلم أنه يتجاوز فيك إلى الظلم: فقال [مالك][(١)]: إنما عليه الأدب فقط، وقيل: إن كان ظالمًا فى شكواه ضمن، أو: مظلومًا لا يقدر على النصفة إلا بالسلطان: فلا شىء عليه، لعذره فى ذلك، ويلزم السلطان الضمان متى قدر عليه، وكذلك رسل السلطان فى هذه التفرقة.

وقيل: [ينظر][(٢)] إلى القدر الذى لو استأجر [الشاكى][(٣)] به على إحضارك، فهو عليك، ويفرق فيما زاد على ذلك بين المظلوم والظالم.

وأما الذى يكتب للسلطان أسماء جماعة، فيقدمون، وهو يعلم أنه يظلمهم بذلك: فيغرم مع العقوبة، وفيه خلاف.

فرع: قال: وقال عبد الملك: إذا جلست على ثوب رجل فى الصلاة، فيقوم، فينقطع لا يضمن؛ لأنه مما يعم فى الصلوات، والمجالس.

الركن الثالث: الواجب فيه:

وهو الأموال؛ لأنها متعلق الأغراض، فما لا مالية له لا حرمة له، فلا يوجب الشرع اختصاصه بأحد، فلا يتصور الغصب، وعدم المالية: إما شرعًا فقط، كالخنزير؛ للحقارة الشرعية، أو الآدمى الحر المشرف من الأعيان، أو من المنافع: كروث البهائم، للحقارة الشرعية، أو الأثمان: للسرف. وإما شرعًا وعادة كالقمل والبعوض من الأعيان، والاستظلال، والاستصباح من المنافع.

وههنا أمور مترددة بين المالية وعدمها، اختلف العلماء فيها. فأذكرها وهى ثمانية فروع:

الفرع الأول: فى الكتاب:

إذا غصب مسلم من مسلم خمرًا، فخللها: فلربها أخذها؛ لأنها حلت، وليس للغاصب فيها ملك، ولا صنيع يحتج به، بخلاف الصبغ، أو جلد ميتة غير مدبوغ

(١) بياض فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.

ضمنه، كما لا يباع كلب ماشية، أو زرع، أو ضرع، وعلى قاتله قيمته.

قال ابن يونس: قال أشهب: لو كانت الخمر المتقدم ذكرها لذمي يخير في أخذها خلًا، أو قيمتها خمرًا يوم الغصب؛ لأنه يقر على ملكه الخمر، والمعاوضة عليها من ذمي، ونظر أشهب أيضًا للزرع الذي لم يبدُ صلاحه، وبئر الماشية التي لا يجوز بيعها، إذا اغتصبه[١] فسقى بها زرعه، فعليه قيمة ما سقى منها.

قال مالك: ويغرم قيمة الزرع على ما يرجى من تمامه، ويخاف أن لو كان يحل بيعه.

وقال ابن حنبل: يرد الخمر إذا تخللت للمسلم، كما قلناه.

قال: ويرد الكلب المباح، ولا يضمن جلد الميتة.

لنا: قضاؤه عليه السلام بالغرة في الجنين[٢] مع امتناع بيعه، وهو أصل تضمين ما يمتنع بيعه، حيث ضمن.

وعن مالك: لا شيء في جلد الميتة غير المدبوغ؛ قياسًا على غير المتمول حيث كان، قال إسماعيل: إلا أن يكون لمجوسي؛ لأنه عندهم يؤكل، فهو كخمر الذمي.

قال اللخمي عن ابن القاسم: لا شيء في غير المدبوغ، وإن دبغ فقيمة ما فيه من الدباغ.

قال اللخمي: إن دبغ فقيمة جميعه.

وقد قال مالك مرة: يجوز بيعه، وليس كل ما يثبت له ضمان المتعدي جاز بيعه.

ويختلف في جلود السباع - قبل الدباغ، وبعده - إذا ذكيت.

قال مالك وابن القاسم: هي مذكاة، ويجوز بيعها، فعلى هذا: يغرم الغاصب قيمتها، وعلى قولٍ: هي كجلود الميتة قبل الدباغ، وإن أخذه من صاحبه حيًا: فعليه قيمة جلده على قول مالك؛ خلافًا لابن حبيب في عدم اعتباره.

ويختلف في صفة تقويم الكلب المباح الاتخاذ: فمن أجاز بيعه: قوم على ذلك، ومن منع: رده إلى أحكام جلد الميتة، [يقوم][٣] للانتفاع لا للنفع[٤]، ولا شيء في

---

(١) في ط: اغتصبها.

(٢) أخرجه البخاري (١٢/ ٢٥) كتاب الفرائض: باب ميراث المرأة والزوج مع الولد وغيره (٦٧٤٠)، ومسلم (٣/ ١٣٠٩) كتاب القسامة: باب دية الجنين (٣٥ - ١٦٨١) من حديث أبي هريرة.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: للبيع.

كلب الدار؛ لأمر النبي ﷺ بقتلها[١].

وإذا عاد الزرع، أو الثمر اللذان لم يبد صلاحهما لقيمتهما بعد الحكم: لم ينقض، فإن عادا قبل الحكم: فعن مالك: تسقط القيمة إن لم يكن فيه منفعة، وإن كانت فيه منفعة: قوم على غير الرجاء والخوف.

وقال أصبغ: على الرجاء والخوف، قال: وأرى أن يرجع إلى ما يكشف عنه من الغيب حكم أم لا، فإن تراخى الحكم وسلم زرع ذلك الموضع فقيمته على السلامة، إن كان لا يسقى، وإلا حط ما ينوب أجرة السقى.

وإن هلك زرع ذلك الموضع أو ثمرهم: فالقيمة على غير الرجاء، إلا أن يكون غيّره بعد ما انتقل وزاد، فالقيمة على ما انتقل إليه.

الفرع الثاني: إن غصب عصيرًا، فصارت خمرًا: كسرت عليه، وغرم مثل العصير، فإن صار العصير خلا: خيرت بين أخذه، أو مثل العصير؛ لفواته بالتغير، وفي ثمانية أبي زيد: إن كسر العصير وقد دخله عرق خل، ولم يخلل: فالقيمة على الرجاء والخوف كالثمرة.

الفرع الثالث: قال: قال مالك: إن غصب حرًا، فباعه، ثم تاب: يطلبه، فإن أيس منه: ودى ديته إلى أهله.

الفرع الرابع: قال: قال ابن القاسم: إذا ماتت أم الولد عند غاصبها: غرم قيمتها لسيدها، قيمة أم ولد لا عتق فيها؛ قياسًا على تضمين الجنين بالغرة، ومنع سحنون، كالحرة.

ووافق المشهور (ش) وابن حنبل، ووافق سحنون (ح)، ووافق سحنون إذا جنى عليها، قاله في الجواهر، وقال: المكاتب، والمدبر كالقِن، ولم يحك فيهما خلافًا؛ لقوة شائبة الرق.

الفرع الخامس: في الكتاب: إذا غصب خمرا لذمي، فأتلفها: فعليه قيمتها، يقومها من يعرف القيمة من المسلمين، وقاله (ح) خلافًا لـ (ش) وابن حنبل في خمر الذمي، وخنزيره.

ومنشأ الخلاف: النظر إلى اعتقادهم، ومقتضى عقد الذمة، أو إلى شرعنا.

---

(١) تقدم.

لنا: أن عمر - رضى الله عنه - كتب إليه عماله: يسألونه عن الذمى يمر بالعاشر(١)، ومعه خمر، فكتب إليهم: بيعوها، وخذوا منهم العشر من أثمانها، ولم يخالفه أحد. نقله أبو عبيد فى كتاب الأموال، وهو يدل على أنها من مالهم من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن أمر الإمام العادل بالبيع يدل على أن المبيع متمول.

وثانيها: إيجاب العشر فى ثمنها، ولا يجب إلا فى متمول.

وثالثها: تسمية ما يقابلها ثمنًا وهو لا يكون إلا فى بيع صحيح عند الإطلاق، ولا يصح البيع إلا فى متمول.

وبالقياس على سائر أشربتهم، وأموالهم؛ لأن القضاء عليهم باعتقادهم لا باعتقاد القاضى أنه لا يوجب عليهم الحد فيها، ويقضى لهم بثمنها إذا باعها من ذمى، ويقرهم على مسها وشربها، وجعلها صداقًا وسائر التصرفات فيها، وكذلك نقرهم على أنكحتهم الفاسدة عندنا، فكذلك كونها مالًا ومضمونة، ولأن عقد الذمة وقع على إقرارهم على شربها، والتصرف فيها، فسقوط تضمينها نقضٌ لأمانهم وحمل للناس على إراقتها، أو نقول: إن الخمر غيرُ محرمة عليهم فتكون متمولة(٢)، أما عدم تحريمها؛ فلأن الخمر كانت مباحة فى صدر الإسلام، ثم نزل قوله - تعالى -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: ٩٠، ٩١] فخصص بخطاب التحريم المؤمنين، ولأنهم ليسوا من أهل الصلاة.

ولا عجب فى استثناء بعض الأحكام عنهم؛ بدليل سقوط الضمان، والأداء عنهم، ولأن أهل الذمة عصمت دماؤهم عن السفك، وأعراضهم عن الثلم، وأموالهم عن النهب، وأزواجهم عن الوطء، مع وجود سبب عدم ذلك فى الجميع وهو الكفر، فكذلك الخمر: لا تمنع مفسدة الإسكار تمولها وعصمتها، ويؤكده الإجماع على منع إراقتها، ووجوب ردها مع بقاء عينها، إنما الخلاف إذا تعدى فأتلفها، ولأن الخمر يتعلق بها عندنا وجوب الحد، وسقوط الضمان، وقد خالف الذمى المسلم فى الحد، فيخالفه فى سقوط الضمان؛ قياسًا لأحدهما على الآخر.

---

(١) فى أ: المعايش.
(٢) فى أ: قولها.

احتجوا بأن الإسلام أعظمُ من عقد الذمة، والإسلام لم يجعلها مالًا، فعقد الذمة أولى ولقوله ﷺ: «إِنَّ اللهَ - سُبْحَانَهُ - حَرَّمَ الْخَمْرَ وَثَمَنَهُ وَحَرَّمَ الْخِنْزِيرَ وَثَمَنَهُ وَحَرَّمَ الْكَلْبَ وَثَمَنَهُ»(١) والقيمة بدل الثمن، ومنع الأصل منع للفرع.

وقياسًا على البول، والدم، والميتة، ولأنه ساوى المسلم فى عدم القطع فى سرقتها منه، فيساويه فى عدم ضمانها له، ولأنها لو كانت مالًا معصومًا لما أريقت إذا أظهروها؛ قياسًا على سائر الأموال، ولأن اعتقاد الذمى تمولها كفر، فلا يترك اعتقاد الإسلام لاعتقاد الكفر، ويدل على ذلك: أنهم يعتقدون العبد المرتد مالًا، ولا يضمن بإتلاف المسلم للذمى ولا ذمى لمسلم.

ويعتقدون المصحف والشحوم ليس بمال، ونضمنها لهم ويضمنونها لنا، فلو ضمنا المسلم لضمن بالمثل، ولما لم يضمنها بالمثل لم تكن مضمونة.

والجواب عن الأول: أن عظم الإسلام أوجب له الكمال، فلا تقر معه مفسدة، وعقد الذمة لنقصه تثبت معه المفاسد؛ بدليل ثبوت الكفر وغيره.

وعن الثانى: القول بالموجب، فإن الثمن فى الشرع ما نشأ عن العقد؛ وهو محرم، والقيمة ما نشأ عن الإتلاف: وهى التى أوجبناها دون الثمن، فلم يتناول الحديث صورة النزاع؛ لأن قيمة أم الولد حلال وثمنها حرام، والقيمه فى قتل الصيد على المحرم حلال، وثمنه حرام، ومهر المجوسية حرام، ومهر بضعها بالإتلاف حلال.

وعن الثالث: أن البول غيرُ متمولٍ لهم، وأما الميتة والدم: فمنع بالحكم فيهما بل يضمنان؛ لأنهما مال لهم، ويأكلونهما، ولو عدوا - أيضا - البول مالًا: قال أصحابنا: نضمنه أيضًا.

وعن الرابع: الفرق أن المسلم لا يعدها مالًا بخلافه، ولأنه خالفه فى التمكن من الشرب والتصرف، فيخالفه فى الضمان.

وعن الخامس: لو كانت لهم قافلة فيها خمر، فمر بها قطاع الطريق: وجب على الإمام حمايتهم، والذب عنهم، فدل على أنها كأنفسهم معصومة.

وعن السادس: انتفاضه بالحد، ولأن اعتقادهم التثليث، والصاحبة، والولد كفر

---

(١) تقدم.

وقد نزل اعتقاد الإسلام، وأقررناهم على اعتقادهم، وأما العبد المرتد: فلأنه لا يقر على دينه، ولأنه أباح دم نفسه بالردة، فهو كما لو أباحنا الذمى [من][١] ماله أو خمره فإنه لا يضمن، وأما المصحف: فهم يعدونه مالًا كلامًا حسنًا فصيحًا يستحسنونه، ويعلمونه أولادهم كالشعر الحسن، ثم المصحف والشحوم حجة عليكم؛ لأنا غلبنا فى التضمين قول من يعتقدهما مالًا، فليكن الخمر مثله.

وعن السابع: أنها حرام على المسلم، فلا يمكن أن يملك المثل حتى يبذله للذمى، كما لو قتله بآلة اللواط فإن القصاص بالمثل، ومع ذلك فنعدل إلى غيرها فهو مما عدل فيه عن المثل إلى القيمة للضرورة كالصبرة، إذا جهل كيلها فإنها تضمن بالقيمة.

تفريع:

قال فى الكتاب: يقضى بين أهل الذمة فى غصب الخمر وإفسادها، ولا يقضى بينهم فى تظالمهم فى الربا، وترك الحكم أحب إلى؛ لقول الله - تعالى -: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢].

فى التنبيهات: وقع فى بعض الروايات: يقومها أهل دينهم، وعلى الأول اختصر المختصرون، واختلف فى تعميم قوله: «ترك الحكم أحب إلى» هل يختص بالربا، أو يعم؟ ومراده: إذا طلبوا الحكم بينهم بغير حكم الإسلام، أما حكم الإسلام فلا [نكرهه، وقيل: نكرهه][٢]؛ لأن حكم الإسلام فى حقهم غير متوجه، كحكم الطلاق مثلًا.

وفى التلقين: اختلف فى ضمان خمر الذمى، وخنزيره.

الفرع السادس:

فى الجواهر: لا يضمن خمر الذمى ولا ما نقصت الملاهى بكسرها، وتغييرها عن حالها. وقاله الأئمة.

الفرع السابع:

قال: منفعة الأعيان لا تضمن بالفوات تحت اليد العادية عند ابن القاسم.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: تكرهه، وقيل: يكرهه.

وقال أشهب وغيره: عليه الكراء إذا غلق الدار، وبور الأرض، ولم يستخدم العبد، ووقف الدابة.

وقال ابن حبيب: إذا باع الغاصب، أو وهب: غرم الغلة التي اغتل المشترى والموهوب، فإن كان معسرًا: غرم الموهوب، أو وارثه، ولا يغرم المشترى.

قال اللخمي: إنما يغرم ما حرم ربها من تلك الغلات بغصبه؛ لأنه المستهلك.

ووافق ابن القاسم (ح) وأشهب (ش) وابن حنبل.

وأصل الفرع: أن المنافع هل هى مال فى نفسها؟ فتضمن بالفوات، أو لا تكون مالًا إلا بعقد أو شبهة عقد، كالإجارة الفاسدة، فإن فيها أجرة المثل، فلا تضمن بالفوات؟ ونقض (ش) أصله بمنافع الحر.

لنا: قوله – عليه السلام –: «الْخَرَاجُ بِالضَّمانِ»[1] والأعيان مضمونة، فتكون منافعها للضامن فلا يضمنها، وهو المطلوب، والحديث وإن كان إنما ورد فى الرد بالعيب، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

والقياس على فوات منافع بضع الأمة إذا حبسها عن التزويج، وعلى منافع الحر.

وفرق (ش) بأن منافع الحر تحت يده؛ لأنه صاحب يد، فلا تتحقق يد الغاصب، بخلاف العقار والحيوان البهيم لا يد، فقبلت منافعه يد الغاصب.

ويدلنا على المنافع أنها ليست مالًا خمسة أوجه:

أحدها: لا تقوم على المفلس.

وثانيها: لا تجب فيها الزكاة.

وثالثها: لو توانى الوصى فى عقار اليتامى لم يؤجره: لم يضمن، ولو تسبب أو أهمل شيئًا من ماله ضمنه.

ورابعها: على أصلهم: لو قال: خذ هذه الحنطة، فازرعها لنفسك: ضمنت الحنطة دون المنفعة.

وخامسها: أن المريض إذا أهمل دوره أو عبيده فى مرض موته: لا يقوم عليه ذلك فى الثلث، ولأن الضمان يتعلق بالإتلاف، والمنافع قبل وجودها يستحيل

---

(١) تقدم.

إتلافها؛ لأنها معدومة وبعد وجودها لا تبقى؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين، فهى تنعدم بنفسها، فيتصور فيها التلف لا الإتلاف؛ لأن الإتلاف قطع البقاء، ولا بقاء، فلا إتلاف، بخلاف الأعيان، فإنها باقية، ويخالف ذلك الضمان فى الإجارة؛ لأنه ضمان بشرط، لا ضمان إتلاف، وبخلاف بطش اليد، ومشى الرجل، ومنافع الأعضاء؛ لأنه عندنا ضمان الأعيان القائمة، لا الأعراض الفانية، ومنافع البضع؛ لأنها عندنا فى حكم الأجزاء.

ولا يلزمنا غاصب السكنى دون الرقبة فإنه يضمنها؛ لأنها مستغلة، وكلامنا فى البائع لأصل مضمون.

ولا ما إذا غصب ثوبًا، ففتقه، وأخرج خيوطه؛ لأنه من باب تغيير العين، لا من باب المنافع، ولأن القابض [للسوم][1] يضمن العين دون منفعتها، فعلم أنه لا يجتمع ضمان العين والمنفعة لمالك واحد، وبهذه النكتة تندفع النقوض.

احتجوا على أن المنافع أموال، بأنها تملك بالإرث والوصية ولأن الوصى يجوز له بذل مال اليتيم فيها، ولأنها مال بالعقد، والعقد لا يصير ما ليس بمال مالًا؛ بل صحته متوقفة على المالية، فلو توقفت المالية لزم الدور، ولأنها يدخلها الإذن والإباحة كسائر الأموال، ولقوله - تعالى -: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة ١٩٤] والقيمة مثل فى المالية، فيجب؛ توفيةً بالنص بحسب الإمكان.

ولأنها تضمن بالعقد وشبهة العقد، فتضمن بالإتلاف كالأعيان.

ولأن العين إنما تضمن لتضمنها المنافع؛ لأن ما لا منفعة فيه لا يضمن، فإذا كانت هى أصل الضمان، فهى أولى أن تضمن.

والجواب عن الأول، والثانى، والثالث، والرابع: النقض بمنفعة البضع، فإنها تجرى مجرى المال فى الضمان بالمسمى فى العقد الصحيح، وبالمثل فى العقد الفاسد، ومع ذلك فلا تضمن بالغصب، وعن الخامس: أنها واردة فى الدماء؛ لأنها نزلت فى قصة أحد، لما مثل المشركون بالمسلمين، قال المسلمون: لنمثلن بهم مثلة ما سمعت فى العرب، فنزلت الآية، ولأن قوله - تعالى -: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ

---

(١) بياض فى أ.

عَلَيْكُمْ﴾ وهو ظاهر فى نفوسنا دون أموالنا، فلا حجة فيها.

وعن السادس: نقضه بمنفعة البضع، فإنه يضمن بالمسمى فى العقد الصحيح، وبالمثل فى الفاسد، ولو غصب أمة، أو حبس حرة وماتت فى يده: لم يجب ضمان بضعها، وبالحربى يضمن مال المسلم بالمسمى فى العقد الصحيح، ولا يضمن من غير عقد ولا شبهة، وبالبضع يضمنه الزوج بالمسمى فى العقد والمرأة تضمنه بالمسمى فى الخلع، ولا يضمنه بالردة بعد الدخول.

وعن السابع: أن المنافع هى سبب صيرورة الأعيان بسبب الضمان عند الإتلاف، وسبب السبب للشىء لا يلزم أن يكون سبب الشىء؛ لأن الأعضاء سبب الطاعة، والطاعة سبب دخول الجنة، والأعضاء ليست سبب الجزاء بالجنة؛ لأنها ليست من كسب العبد، وما ليس من كسبه لا يجازى عليه، وكذلك العقل سبب الإيمان، والمعارف، والعلوم، وهى سبب الجزاء بالسعادة الدائمة، وهو لا يكون سبب الجزاء، لكونه ليس من كسبه، والصحيح من أصول الفقه: عدم التعليل بالحكمة مع أنها سبب علية العلة ونظائره كثيرة.

الفرع الثامن: زوائد العين المغصوبة فى يد الغاصب كالسمن، وتعلم الصنعة وعلو القيمة، ثم يذهب ذلك: لا يضمنه الغاصب، وتأخذ سلعتك ولا شىء لك، وكذلك الولد؛ بخلاف ما كان عند الغصب. وقاله (ح) خلافًا لـ (ش)، وابن حنبل.

وأصل المسألة: أن الغصب هل هو إثبات اليد العادية وهى موجودة فيضمن، أو إثباتها مع رفع اليد المحققة، ولم ترفع عن الزوائد يدًا محققة: فلا يضمن.

لنا: أنه حصل فى يده بغير شبهة، فلم يضمنه؛ قياسًا على الثوب تلقيه الريح فى بيته، أو حجره إذا قعد فى الطريق عدوانًا، وهو يكتسب.

احتجوا بأن اليد تثبت على الولد وغيره تبعًا؛ لأن اليد فى كل شىء تثبت على جنسه عادة كما تثبت يد المشترى وغيره على ولد الأمة تبعًا فى سائر العقود، وقياسًا على الزيادة الحاصلة عند الغصب، ولأنه غاصب فى الاستمرار، كما هو غاصب ابتداءً، بدليل الحقيقة، والحكم، والاسم.

أما الحقيقة: فالغصب للاستيلاء على ملك الغير قهرًا وعدوانًا، وهذه الحقيقة مستمرة بالتفسيق، والضمان، والعقوبة ابتداء ودوامًا.

وأما الاسم: فهو يسمى غاصبًا انتهاء وابتداء، ولأنها إذا تلفت تقوم حاملًا،

وسمينة، وغير ذلك، ولولا ثبوت[١] اليد والضمان لم تقوم بذلك، ولأنه إنما حدث عن أصل مضمون بيد عادية فيضمن كنماء الصيد فى حق المحرم، فإنه إذا سمن الصيد عنده، أو حمل، ثم مات الولد، أو هزل: فإنه يضمنه، وكلاهما مأمور بالترك فى كل وقت، ولأن هذه الأشياء تحت يده، فيضمنها كأصولها.

والجواب عن الأول: الفرق بين العقود تشترى للزوائد تبعًا: أنها تتناول الملك، والغصب لا يتناول الملك، إنما يسرى للمنع، والعقود تقتضى المنع والملك، فكانت أقوى، فلذلك امتنعت الزوائد.

وعن الثانى: الفرق [بأنها تتناولها بعد][٢] الغصب، ولم يتجدد فعل عند حدوث هذه حتى يتناولها.

وعن الثالث: أن الغصب حقيقة كالسرقة، والشراء، وغيرها، فكما أن السارق لا يعد سارقًا بما فى يده فى كل زمان مضى عليه، وإلا لثبت الحد عليه بعد سقوطه، كما إذا سرق دون النصاب ثم صار نصابًا بزيادة القيمة فى يده، والمشترى لا يعد مشتريًا فى كل زمان، بدليل أن أهلية العقد قد تنفك عنه بالجنون وغيره، فكذلك الغاصب.

فإن قيل: الغصب فعل واستدامة الفعل فعل، كمن حلف لا يلبس ثوبًا، وهو لابس؛ فإنه يحنث، والشراء قول، واستدامة القول ليست قولًا.

قلنا: يبطل بالسرقة، والاصطياد، والاحتشاش، ولا يسمى صائدًا؛ لأنه قد يصير محرمًا، فلا يلزمه جزاء ولا محتشًا؛ لأنه قد تذهب قدرته، ولا فعل [إلا] مع القدرة، فتبطل الحقيقة والاسم إلا ما أجمعنا عليه، فهو بالإجماع، لا بما ذكرتموه.

وعن الرابع: منع الحكم بل القيمة يوم الغصب.

وعن الخامس: منع الحكم – أيضًا – وقولكم: إنه مأمور بالرد: ففى الأصل، دون الزيادة، كمن غصب درهمًا، وبيده درهم لصاحبه وديعة، فإنه مأمور بالرد، ولا يتمكن إلا برد الجميع.

الفرع التاسع: العقار عندنا يضمن بالغصب، وكذلك الأشجار من النخيل،

---

(١) فى أ: ولا ثبوت.
(٢) فى أ: بأنها تناولها فعل.

وغيرها إذا تلفت بصنعة أو بغير صنعة، وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح): لا يضمن بالغصب.

وأصل المسألة: أن الغصب عندنا: الاستيلاء على مال الغير عدوانًا، وعنده: لا بد مع ذلك من النقل، وهو متعذر فى العقار.

وهذا الفرع وإن لم يكن من المتردد بين المالية وعدمها، لكنه مما يختص بهذا الركن؛ لكونه مما يجب فيه.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢] وهذا ظالم، فعليه كل سبيل؛ لأن الألف واللام للعموم.

ولقوله - عليه السلام -: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِن الأَرْضِ...» الحديث، فسماه غاصبًا، ولأن العادة أن يقول القائل غصبنى أرضى، والأصل فى الاستعمال الحقيقة، ولأن الغصب الحيلولة، وقد وجدت فى العقار كالمنقول.

ولأن انتقال ضمانها للمشترى بالقبض، فتكون قابلة لوضع اليد، فإذا كانت عدوانًا فهو الغصب، وكذلك فى الهبة، والوصية، والرهن، ويجعل رأس مال السلم، وهو يستدعى انتقالًا فى الأيدى والأملاك، وإلا بطل السلم، ولأنه يجرى فيه ضمان الرجوع عن الشهادة، وضمان الجحود فى الوديعة، وضمان القبض بالشراء الفاسد، وهو قبض عدوانى، ولأن الضمان لا يتوقف على النقل؛ لأن الملتقط إن أخذ لنفسه: ضمن، أو للتعريف: لا يضمن، والصورة واحدة، وإنما نشأ الضمان عن القصد.

وكذلك حائز الوديعة لم ينتقلها، ولأنه يضمن بالعقود، فيضمن بالغصب، كالمنقول، أو نقول: يضمن بالإتلاف، فيضمن بالغصب، كالمنقول.

احتجوا بأنه منع المالك من ملكه بغير نقل فلا يضمن، كما لو حبسه حتى هلك ماله ولم يكن يعرض لماله، والعقار لا يتحقق فيه إلا الحيلولة بين المالك وبينه، ولو أنه دخل دارًا يظنها داره لم يضمنها، مع أنه وضع يده واستولى عليها، ولو نقل شيئًا من هذه الدار ضمنه، فعلم أن سبب الضمان النقل، ولأن موضع الإجماع فى الغصب حيث وجد وضع اليد عدوانًا مع النقل، وهو أتم من وضع اليد من غير نقل؛ لأن النقل يوجب التعرض للتلف، والقاصر عن موضع الإجماع لا يلحق به.

ولأنه لا تصح سرقته فلا يصح غصبه كالحر، أو لأنه [لا][(١)] يمكن نقله فلا يمكن غصبه كمنعه البضع.

والجواب عن الأول: أن حبسه عن متاعه وزانه حبسه حتى انهدمت داره من غير تعرض للدار ولا تسبب، وأما فى صورة النزاع: فاستولى، وقصد العقار بوضع اليد، والاستيلاء وفعل ذلك، فيضمن كالمنقول.

وعن الثانى: أن قصور صورة النزاع عن صورة الإجماع [لا يمنع من لحوقها بموضع الإجماع][(٢)] لدلالة الدليل على أن السبب هو المشترك بينهما، بدليل خمر الوديعة، وما ذكر معها فإنه لم يتحقق هناك نقل مع صورة الضمان.

وعن الثالث: أن الحر عندنا تصح سرقته إذا كان صغيرًا أو نائمًا، ثم الفرق: أن الحر ليس بمال، والعقار مال، ومن وجه آخر: السرقة لا بد فيها من الإخراج من الحرز، وهو متعذر فى العقار، والغصب: الاستيلاء عدوانًا، وهو متيسر فيه.

وعن الرابع: الفرق أن منفعة البضع ليست بمال، بدليل أنها لا تستباح بالإباحة، ولا تملك بالإذن والوصية، ثم نقول: كما استوت المنقولات فى النقل، واختلفت فى ضمان الغصب، فتضمن الأمة القن دون أم الولد عندكم ليستوى البضع والعقار فى عدم النقل، ويختلفان فى الغصب.

غصب العقار

الركن الرابع:

الواجب:

وفيه للعلماء ثلاث طرق:

منهم: من أوجب المثل مطلقًا محتجًا بقوله - تعالى -: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] فجعل النعم مثليًا، وبأن بعض أزواج النبى ﷺ أهدت إليه طعامًا فى قصعة، وهو فى بيت غيرها، فغارت صاحبة البيت، فكسرتها، فأمر - عليه السلام - بقصعة صاحبة البيت لصاحبة القصعة المكسورة[(٣)].

وأجيب عن الأول: بأن المراد: المثل فى الصفة دون المالية، والمقدار،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) أخرجه البخارى (٥٢٢٥) من حديث أنس بن مالك.

والمطلوب ههنا حفظ المالية، ألا ترى أن النعامة يحكم فيها ببدنة، وهى بعيدة جدًا عن ماليتها، ومقدارها.

وعن الثانى: بأن البيتين لرسول الله ﷺ، فليس هذا من باب المعاوضة، بل من باب جبر القلوب، وسياسة العيال.

ومنهم: من أوجب القيمة مطلقًا؛ محتجًا بقول النبى - عليه السلام -: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعدلِ...»[1] الحديث، وقياسًا للبعض على البعض، ولأن القيمة إنما سميت قيمة؛ لأنها تقوم مقام المقوم، وهذا معنى عام فى سائر الصور.

وأجيب بأن مورد الحديث فى العبد، وهو من ذوات القيم، ومثله متعذر لتعلق الغرض بخصوصه، بخلاف المكيلات ونحوها، لا يتعلق الغرض بخصوصها، فقام كل فرد من ذلك الجنس مقام الآخر؛ لأن الأصل رد عين الهالك؛ لقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[2] تعذر ذلك، والمثل أقرب للأصل؛ لجمعه بين الجنسية، والمالية، والقيمة ليس فيها إلا المالية، فكان المثل أولى إذا لم يفوت غرضًا، والقيمة أولى حيث يتعلق الغرض بخصوص الهالك، فالقيمة تأتى عليه وتخلفه، ولا يخلفه المثل، ولأن المثلى جنس قطعى، والقيمة ظنية اجتهادية، والقطع مقدم على الظن، فكان إيجاب المثل فى المثليات، والقيمة فى غيرها أعدل وأجمع للأحاديث، وأوفق للأصل، وهى طريقتنا مع الأئمة.

قال صاحب التلقين: إتلاف مال الغير يوجب البدل، إما مثل المتلف فى الخلقة، والصورة والجنس، والمثليات - وهى المكيلات والموزونات - وإما قيمته فيما عداها من سائر العروض والحيوان.

قال صاحب الجواهر: ومن المثلى المعدود التى استوت آحاده فى الصفة - غالبًا - كالبيض والجوز، فإن فقد المثل، فليس عليه إلا هو، عند ابن القاسم.

قال اللخمى: يريد: أنه يصبر حتى يجده.

وقال أشهب: يخير بين الصبر، وأخذ القيمة الآن.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

قال ابن عبدوس: اختلف فى ذلك كالاختلاف فى السلم فى الفاكهة بعد خروج الإبان.

وقال الأئمة: تتعين القيمة [قال ابن حنبل][(١)] من يوم الانقطاع.

وقال (ش)، و (ح): يوم الحكم؛ لأن الحكم هو الذى يقدرها، فلو غرم القيمة، ثم قدر على المثل: لم يلزمه دفعه؛ لتمام الحكم بالبدل.

وقال (ش): تتعين القيمة.

وفى الجلاب: إذا لم يخاصم فى المثلى حتى خرج إبانه: فقيمته يوم الغصب؛ لأنه لما كشف الغيب عن تعذر المثل صار كأنه من ذوات القيم، وقيل: يوم العقد؛ لأن القيمة عوض عن المثل المتعذر، لا عن المغصوب.

قال اللخمى: لو استهلك الطعام فى زمن الغلاء، ثم رخص: يختلف هل تجب قيمته غاليًا؟؛ لأنه فوت عليه تلك القيمة على القول بمراعاة أغلى القيم فى المغصوب، أو مثله؛ لأنه مثلى؟

وإن كان جزافًا، ولم يعلم كيله: فقيمته يوم غصبه؛ لتعذر المثل، فإن قال للمغصوب منه: أغرمه من المكيلة ما لا أشك أنه كان فيه، فالقول بأن ذلك له: أحسن؛ لأنه لم يغرمه إلا مثل ما أخذ، وترك بقيته عنده.

وقال غيره: القيمة تتعين فى الربوى كيلا يؤدى إلى التفاضل.

قال مالك: إذا لم يجد مثل الطعام بموضع الطعام لزمه أن يأتى بمثله، إلا أن يتفقا على أمر جائز، يريد بالجائز أخذ مثله بغير البلد، أو الثمن الذى بيع به الطعام، أما الطعام يخالفه: فلا.

قاعدة فى الجوابر والزواجر:

فالجوابر مشروعة لجلب المصالح، والزواجر لدرء المفاسد. والغرض من الجوابر: جبر ما فات من مصالح حقوق الله، أو حقوق عباده، ولا يشترط فى ذلك أن يكون من واجب عليه، ولذلك شرع الجبر مع العمد، والخطأ، والجهل، والعلم، والذكر، والنسيان، وعلى المجانين، والصبيان، بخلاف الزواجر، فإن معظمها على العصاة؛ زجرًا لهم عن المعصية.

---

(١) سقط فى ط.

وقد يختلف فى بعض الكفارات: هل هى زواجر؟ لما فيها من مشاق تحمل[١] الأموال وغيرها، أو جوابر لأنها عبادات وقربات لا تصح إلا بالنيات، وليس التقرب إلى الله تعالى زجرًا، بخلاف الحدود والتعزيرات، فإنها ليست فعلًا للمزجور، بل يفعلها الأئمة فيه.

والجوابر: تقع فى الأموال، والنفوس، والأعضاء، ومنافع الأعضاء، والجراح، والعبادات: كالوضوء مع التيمم، والسهو مع السجود، والمصلى لجهة السفر، أو لجهة العدو مع الخوف، وصلاة الجماعة لمن صلى وحده.

وجبر ما بين السنين بالدراهم، أو الذكورة مع بنت المخاض، وهو جبر خارج عن القياس، والصيام بالإطعام لمن لم يصم، أو لتأخير القضاء، ومناهى النسك بالدم، ثم الصيام، وجبر الصيد المأكول فى الحرم، أو الإحرام بالمثل، أو الطعام، أو الصيام، والصيد المملوك لمالكه بقيمته، والأول متلف واحد جبر ببدلين.

واعلم أن الصلاة لا تجبر إلا بعمل بدنى، والأموال لا تجبر إلا بالأموال، والنسكات تارة ببدنى، وتارة بمالى، ويجبر الصوم بمثله فى القضاء، وبالمال فى العاجزين، والمؤخرين لقضائه.

ولا يجبر المثلى بغير مثله إلا فى لبن المصراة؛ لحكمة ذكرت فى البيع، والمحرمات لا تجبر احتقارًا لها: كالملاهى، والنجاسات، إلا مهر المزنى بها كرهًا، فيجبر بمهر المثل، ولا يجبر مثل ذلك فى اللواط؛ لأنه لم يقوم قط فى عقد صحيح، فأشبه القبل والعناق، ومنافع الأبضاع تجبر بالعقود الصحيحة والفاسدة ولا تجبر فى اليد العادية.

وسبب ذلك: أن مجرد إيلاج الحشفة يوجب مهر المثل، والساعة الواحدة تسع عددًا كثيرًا من الإيلاجات، فلو ضمنت لكان اليوم الواحد يوجب استحقاق عظائم الأموال، وهو بعيد من مقاصد الشرع وحكمه، واستقراء هذه القاعدة يطول، فلنقتصر على هذا القدر؛ للتنبيه على فوائدها.

فرع: فى الكتاب: إذا تعدى على صحفة، أو عصا بالكسر، أو ثوب بالتحريق وكثر الفساد: خيرت فى قيمة جميعه؛ لأن ذهاب الجل كذهاب الكل، أو أخذه وما

---

(١) فى أ: تخل.

نقصه؛ لأن الباقى عين ملكه أو قل الفساد: فما نقصه بعد رفو الثوب؛ لأن البعض مضمون كالكل، وقد كان يقول: يضمن ما نقص ولم يفصل؛ لأن الأصل ألا يتعدى الضمان مورد الإتلاف، ثم رجع للتفصيل، وكذلك المتعدى على عضو حيوان، أما إذا لم يبق فى الرقيق كبير منفعة ضمن جميعه وعتق عليه كمن مثّل بعبده.

وفى التنبيهات: راعوا قطع يد العبد الصانع فضمنوه، وإن بقيت منافعه، بخلاف قطع ذنب الدابة أو أذنها.

وقال عبد الملك: قلع عين الفرس الفاره يضمنه، وإن بقيت منافع الحمل، والركوب لغير ذوى الهيئات؛ لفساد غرض صاحبه، وكذلك إفساد ضرع الشاة المرادة للبن، وإن بقى اللحم والنتاج، ولا فرق بين الأذن، والعين عند ذوى الهيئات.

وفى النكت: إذا كثر الفساد، واختار أخذها، وما نقصها، ولا بد من رفو الثوب إن قبل الرفو، أو يخاط الثوب - إن صلح ذلك فيه - وتشعب القصة ونحو ذلك، وكذلك الفساد اليسير ولا تداوى الدابة، والفرق: أن نفقة المداواة غير معلومة، وعاقبتها غير معروفة، بخلاف الخياطة.

قال بعض شيوخنا: إذا جنى على العبد جناية مفسدة، كقطع يده: فلربه القيمة، ويعتق.

ومعناه: إذا طلب ذلك السيد، وإلا فله أخذه وما نقصه؛ لأنه ماله، وإذا أعجف الغاصب الدابة بركوبه، ولم يختر ربها القيمة، وأخذها: لا يطالبه بما نقص، بخلاف قطع العضو، ولأن العجف ليس بأمر ثابت لتوقع زواله، ولأن القطع فعله، والعجف أثر فعله.

قال ابن يونس: ما قيل فى الفساد الكثير: يأخذ ما نقصه بعد الرفو، بخلاف ظاهر قولهم: وفساده، أنه قد يغرم فى الرفو أكثر من قيمته صحيحًا، وذلك لا يلزمه، ألا ترى أشهب وغيره يقولون: لا يغرمه إلا ما نقص إذا كان له تغريمه القيمة، وهو القياس، فكيف بتغريمه النقص بعد الرفو وربما زاد.

ولو قيل فى اليسير: عليه النقص فقط: صح؛ لدخول الرفو فيه كما قالوا: إذا وجد آبقًا وذلك شأنه: له جعل مثله والنفقة له؛ لدخول النفقة فى جعل المثل، ولم يختلف قول مالك وابن القاسم وأشهب فى إفساد المتعدى الثوب فسادًا يسيرًا أنه لا

يلزمه إلا ما نقصه بعد الرفو، جنى عمدًا أو خطأ، وقول من قال: العتق موقوف على إرادة السيد بخلاف ظاهر قول ابن القاسم وأشهب: وليس للسيد إمساكه وأخذ ما نقصه، والصواب: العتق، وإن كره لقيام قيمته مقامه: فهو مضار فى منعه العتق إن كان الفساد كثيرًا، ويخير إن كان يسيرًا، كفقأ العين الواحدة، وقطع اليد الواحدة مع بقاء كثير المنافع؛ لأنه ينتفع بما بقى، فإن أخذ القيمة عتق على الجانى؛ أدبًا له، ويقع العتق، والجناية معًا كمن حلف: إن باع عبده فهو حر، [فإن باع][1] فيقع البيع والحنث معًا، ويغلب العتق لحرمته، وإن قلت الجناية جدًا، كجذع الأنف، وقطع الإصبع: فما نقص فقط.

قال اللخمى: التعدى أربعة: يسير لا يبطل الغرض المقصود منه، ويسير يبطله، وكذلك يبطله ولا يبطله، والأول لا يضمن العين، وكذلك الرابع، ويخير فى الثالث كما تقدم، وعلى القول بتضمينه قيمته، فأراد ربه أخذه وما نقصه: فذلك له عند مالك، وابن القاسم.

وقال محمد: لا شىء له؛ لأنه ملك أن يضمنه، فامتنع، فذلك رضا بنقصه.

والثانى يضمن على قياس قول مالك.

وقال ابن القصار: كقطع ذنب حمار القاضى، والشاهد، ونحوه، وتستوى المركوبات والملبوسات، هذا المشهور.

وعن مالك: لا يضمن العين بذلك. وضمن ابن حبيب بالذنب دون الأذن؛ لاختلاف الشين فيهما.

قال: وإذا فرعنا على المذهب، فقطع أنملة إصبعه فبطل ذلك صناعته: ضمن جميعه، أما قطع اليد أو الرجل: فيضمنه الجميع، وإن كان من عبيد الخدمة؛ لذهاب جل منافعه، والعرج الخفيف يضمن النقص فقط، والكثير يضمن جميعه، والخصاء يضمن نقصه، فإن لم ينقصه وزادت قيمته: لا شىء عليه، وعوقب.

وقيل: تقدر الزيادة نقصًا فيغرمها؛ لأن الزيادة نشأت عن النقص وليس بالبين.

تنبيه: هذا الفرع، وهو إذهاب جل المنفعة مما اختلفت فيه المذاهب، وتشعبت فيه الآراء وطرق الاجتهاد:

---

(١) سقط فى ط.

فقال (ح) فى العبد والثوب كقولنا فى الأكثر، فإن ذهب النصف أو الأقل باعتبار القيمة عادة: فليس له إلا ما نقص، فإن قلع عين البهيمة: فربع القيمة استحسانًا، والقياس عندهم: ألا يضمن إلا النقص، واختلفوا فى تعليل هذا القول: فقيل: لأنه ينتفع بالأكل، والركوب، فعلى هذا يتعذر الحكم للإبل والبقر دون البغال والحمير.

ومنهم من قال: الركوب، فيتعدى الحكم للبغال والحمير، فيضمن - أيضًا - بربع القيمة.

وقال (ش)، وابن حنبل: ليس له فى جميع ذلك إلا ما نقص.

فإن قطع يدى العبد أو رجليه: فوافقنا (ح) فى تخيير السيد فى تسليم العبد وأخذ القيمة، وبين إمساكه ولا شىء له.

وقال (ش): تتعين القيمة كاملة ولا يلزمه تسليم العبد، فتحصل له القيمة والعبد، خلاف قوله فى المسألة الأولى.

وأصل هذا الفقه: أن الضمان الذى سببه عدوان لا يوجب ملكًا[1]؛ لأنه سبب التغليظ لا سبب الرفق.

وعندنا: الملك مضاف للضمان لا لسببه، وهو قدر مشترك بين العدوان وغيره فانبسطت مدارك فقه المسألة الأولى ثم الثانية.

أما الأولى: قلنا: إنه أتلف المنفعة المقصودة، فيضمن كما لو قتلها، أو الأولى، فإن ذا الهيئة إذا قطع ذنب بغلته لا يركبها بعد، والركوب هو المقصود.

وأما قياس ذلك على قتلها فثلاثة أقوال:

إذا قتلها ضمنها اتفاقًا مع بقاء انتفاعه بإطعامها لكلابه وبزاته، ويدبغ جلدها ينتفع به أو بغير دباغ إلى غير ذلك من المنافع المقصودة، ولما لم يمنع ذلك من الضمان علمنا أن الضمان مضاف للقدر المشترك بينهما وهو ذهاب المقصود فيستويان فى الحكم؛ عملا باشتراكهما فى الموجب.

ولأنه لو غصب عسلًا، وشيرجًا ونشاء فعقد الجميع فالوذجًا: ضمن عندهم مع بقاء منافع كثيرة مع المالية، فكذلك ههنا، ولأنه لو غصب عبدًا فأبق، أو حنطة فبلها بللًا فاحشًا: ضمن الدرك عندهم، مع بقاء التقرب فى العتق فى الأول، والمالية فى

---

(١) فى أ: ملك.

الثانى، لكن جل المقصود ذهب، فكذلك فى مسألتنا، ولا يقال فى الآبق: حال بينه وبين جميع العين، وفى الحنطة: يتداعى الفساد إليها؛ لأنه فى صورة حال بينه وبين مقصوده، وأفسده عليه ناجزًا، مع إمكان تجفيف الحنطة، وعملها سويقًا وغير ذلك.

احتجوا بقول الله - سبحانه وتعالى -: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، والاعتداء حصل فى البعض، فتلزمه قيمة البعض، ولأن هذه الجناية لو صدرت فى غير بغلة الأمير لم تلزمه القيمة، فكذلك فيها، كما لو جنى على العبد والدار؛ لأن تقويم المتلفات فى غير صورة النزاع لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف بالبلاد والأزمان، ويؤكده أنه لو قطع ذنب حمار التراب، أو خرق ثوب الحطاب: لا يلزمه جميع القيمة، مع تعذر بيعه من الأمير والقاضى لأنهما لا يلبسانه؛ بسبب ذلك القطع اليسير، ولو قطع أذن الأمير نفسه أو أنف القاضى لما اختلفت الجناية، فكيف بدابته؟ مع أن شين القاضى بقطع أنفه أعظم من العامة.

والجواب عن الأول: أنه متروك الظاهر، لاقتضائه أن يعور فرسه مثل فعل الجانى، وليس كذلك إجماعًا، وقد تقدم أنها وردت فى الدماء لا فى الأموال، وأن قوله - تعالى -: ﴿عَلَيْكُمْ﴾ إنما يتناول نفوسنا دون أموالنا.

وعن الثانى: أن الدار جل مقصودها حاصل، بخلاف الدابة.

وأما قولهم: لا يختلف التقويم باختلاف الملاك، بل يختلف بأن الدابة الصالحة للخاصة والعامة: كالقضاة، والحطابين أنفس قيمة؛ لعموم الأغراض، ولتوقع المنافسة فى المزايدة أكثر من التى لا تصلح إلا لأحد الفريقين. وأما أذن الأمير وأنف القاضى: فلأن القاعدة: أن مزايا الرجال غير معتبرة فى باب الدماء، ومزايا الأموال معتبرة[1]، فدية أشجع الناس وأعلمهم كدية أجبن الناس وأجهلهم، فأين أحد البابين من الآخر؟

وأما المسألة الثانية: فأصلها: أن القيمة عندنا بدل العين، فيستحيل أن يجتمع العوض والمعوض، وعندهم بدل اليدين، فيجتمع المعوض وبقية[2] المجنى عليه

(١) زاد فى الأصول: فيأسر.

(٢) فى ط: وبقيمة.

التى لم تقابل بعوض.

لنا فى هذه المسألة: ما تقدم أن ذهاب الغرض المقصود يوجب كمال القيمة فى جميع العين، ولأنا إنما نقوم العين، فتكون القيمة عوضًا، ولأن المملوك لا تضمن أجزاؤه بالتلف بما تضمن به جملته فى غير صورة النزاع إجماعًا.

أو نقول: لا نسلم له جميع القيمة مع بقاء ملكه عليه، كما لو جنى على ثوب، أو قياسًا على مثله[1] ولأن القيمة حقيقتها قيامها مقام العين، ولذلك سميت قيمة، فلو حصل له القيمة مع العين لما قامت مقامها، ولكان للشىء قيمتان، وهو خلاف الإجماع.

احتجوا بأن دية يد الحر والمدبر دية عن يديه، وهى مساوية لدية النفس، فكذلك العبد القن، ولأنها جناية على ملك الغير، فلا يشترط فى البدل تسليم المجنى عليه أصله إذا قطع اليد الواحدة.

وفقهه: أن ضمان العبد ضمان الدماء وخراجه من قيمته، كخراج الحر من ديته، كما فى يدى الحر دية كاملة، ففى يد العبد قيمة كاملة.

والجواب عن الأول: أن المدبر عندنا لا يقبل انتقال الملك؛ لما جعل فيه من عقد العتق، وكذلك الحر لا يقبل الملك ألبتة، وصورة النزاع قابلة للملك، فلا يلزم من بقاء المدبر لسيده مع الأرش وإن عظم، بقاء القن.

وعن الثانى: أن جل المنفعة لم يذهب باليد الواحدة، وإن فرضتموه كذلك: منعنا الحكم، وأوجبنا كمال القيمة، أما اليدان: فمذهبتان لجل المنفعة، كمسألة الحنطة المبلولة والفالوذج.

وأما ما ذكرتم فى أصل المسألة: أن العدوان لا يكون سبب الملك فيبطل بالاستيلاء العدوان من قبل الأب فى جارية ابنه.

وأما قولكم: إن العبد نسبة أطرافه إلى قيمته كنسبة أطراف الحر إلى ديته، فغير مسلم، بل العبد عندنا يضمن أطرافه بما نقص؛ تغليبًا لشائبة المالية.

فرع: فى الكتاب: إذا غصبها فزادت قيمتها، أو نقصت: فإنما عليه القيمة يوم الغصب، وهذا الفرع يرجع إلى أن الغاصب يضمن أعلى القيم، وهو مذهب (ش)،

(١) فى أ: مسألة.

وحكاه اللخمى عن جماعة من أصحابنا، وابن حنبل، أو القيمة يوم الغصب فقط، وهو مذهبنا، ومذهب (ح).

وعلى الأول: لو تعلم العبد صنعة ثم نسيها ضمن الغاصب قيمتها.

لنا: أن وضع اليد هو سبب الضمان؛ لقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»، وترتيب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم، فتكون اليد هى سبب الضمان، فيترتب الضمان عليه، وبعد الضمان لا ضمان؛ لأنه تحصيل الحاصل، ولأن الضمان يُصيِّر المضمون ملك الضامن على ما سيأتى، وتجديد ضمان فى ملك الإنسان خلاف الإجماع.

ولقوله - تعالى -: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١] والراد للمغصوب محسن بفعله للواجب، فلا يكون عليه سبيل؛ ولأن الغصب لم يتناول الزيادة فلا تكون مضمونة.

وقياسًا على زيادة حوالة الأسواق، فلأنها لا تضمن اتفاقًا منهم، وقد حكى اللخمى ذلك عن مالك، وابن القاسم، وحكى عن أشهب وعبد الملك: أخذ أرفع القيم إذا حال السوق، والفرق عندهم: أن حوالة الأسواق رغبات الناس، وهى خارجة عن السلعة، فلا تؤثر فيها بخلاف زيادة صفاتها.

احتجوا بأن الغاصب فى كل وقت مأمور بالرد، فهو مأمور برد الزيادة وما ردها، فيكون غاصبًا لها، فيضمنها، ولأن الزيادة نشأت عن ملكه، فتكون ملكه، ويد العدوان عليها فتكون مغصوبة، فتضمن كالعين المغصوبة.

والجواب عن جميع ما ذكروه: أنا نسلم أنه مأمور، وأن الزيادة ملكه، لكن لا نسلم ضمانها؛ بسبب أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف، والتسبب للإتلاف، ووضع اليد غير المؤمنة، ولا نسلم وجود واحد منها، أما الأولان: فظاهر وبالفرض، وأما الثالث: فلأنه لم يوجد وضع اليد إلا فى المغصوب، أما زيادته فلم يوجد إلا استصحابها، واستصحاب الشىء لا يلزم أن يقوم مقامه، بدليل أن استصحاب النكاح لا يقوم مقام العقد الأول؛ لصحته مع الاستبراء، والعقد لا يثبت مع الاستبراء، وكذلك الطلاق يوجب ترتب العدة عقيبه، واستصحابه لا يوجب ترتب العدة عقيبه، ووضع اليد عدوانًا يوجب التفسيق والتأثيم، ولو جنى بعد ذلك وهى تحت يده لم يؤثم حينئذ ولم يفسق، وابتداء العبادات يشترط فيها النيات،

وغيرها من التكبير، ونحوه لا يشترط ذلك فى استصحابها، فعلمنا أن استصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه، لا سيما وموجب الضمان هو الأخذ عدوانًا، ولا يصدق عليه [بعد زمن الأخذ أنه أخذ الآن إلا على][1] سبيل المجاز، فحقيقة الأخذ تجرى مجرى المناولة والحركات الخاصة لا يصدق شيء منها مع الاستصحاب، فعلم أن سبب الضمان منفى فى زمن الاستصحاب قطعًا، وأنا إنما نضمنه الآن بسبب تقدم، لا بسبب مقارن، فاندفع ما ذكروه، وأن القيمة إنما هى يوم الغصب زادت العين أو نقصت.

تفريع:

قال فى الكتاب: فلو باعها فلم يعلم موضعها: خيرت بين الثمن؛ لأنه بيع فضولى لك إجازته، وبين القيمة؛ لأنه غاصب، ولو قتلها أجنبى: فلك قيمتها يوم القتل؛ لأنه يوم [جناية القاتل][2] بخلاف الغاصب، فإن نقصت قيمتها يومئذ عن يوم الغصب: رجعت بالتمام على الغاصب؛ لأن الغصب أوجب التمام عليه.

قال التونسى: وإذا كثرت قيمتها يوم الجناية، ورجعت على الغاصب: رجع الغاصب على الجانى بتمام القيمة؛ لأنه بالضمان يملك بالجناية فى الزيادة على ملكه، فيرجع بالزيادة، كما عليه النقص.

وقال أشهب: الزيادة للمغصوب منه؛ لأن الغاصب عنده لا يربح[3].

ويلزم على مذهب ابن القاسم: لو كان على الغاصب غرماء لم يكن أحق بما أخذ من غرماء الغاصب؛ لأنه إنما أخذ ذلك عن الغاصب، من غريم الغاصب، فهو أسوة غرماء الغاصب، إلا أن يريد أن يندفع الضمان عن الغاصب، فلا يتبعه ببقية القيمة، ويكون أولى بما أخذ من الجانى من غرماء الغاصب.

وإذا باع الغاصب، واستهلك المشترى فأجاز المستحق البيع، وأخذ الثمن من الغاصب: فذلك له، فإن قال: آخذه من المشترى، ويرجع به المشترى على الغاصب: لم يكن ذلك له عند ابن القاسم؛ لأنه إذا أجاز البيع صار الغاصب كالوكيل على البيع.

---

(١) فى أ: بعد زمن الأخذ أنه إلا على.
(٢) فى أ: حياته القاتل.
(٣) فى ط: لا يرجع، وفى أ: لا يريح.

وقيل: له أن يغرم المشترى الثمن ثانية. والأشبه الأول.

وإن رجع على المشترى بقيمة ما استهلك، وله خمسون والثمن مائة: قال ابن القاسم: يرجع المشترى بجميع ثمنه، فيأخذه من الغاصب؛ لأن المستحق لما أخذ قيمة ملكه يوم الاستهلاك فكأنه أخذ عين شيئه فانتقض البيع من المشترى والغاصب، فيرجع المشترى بجميع ثمنه.

وقال أشهب: يرجع المشترى بالخمسين التى أخذها منه الغاصب، ويرجع المستحق بالخمسين الأخرى تمام الثمن؛ لأن الغاصب لا يربح.

قال محمد: فإن كانت قيمته يوم الغصب مائة وعشرين، وثمن المبيع مائة، وقيمته يوم الجناية خمسين، فأخذ المستحق خمسين من المشترى، وهو قيمته يوم الجناية، لرجع المشترى بالثمن فقط على البائع، ورجع عليه المستحق بتمام قيمة السلعة يوم الغصب، وذلك سبعون، وهذا - أيضًا - بعيد.

فإن وهب الغاصب الثوب لمن أبلاه: قال ابن القاسم: يرجع المستحق على الواهب، فإن لم يوجد، أو كان عديمًا: فعلى الموهوب له بقيمته يوم لبسه، ثم لا تراجع بينهما؛ لأنا متى قدرنا على إجازة هبة الغاصب فعلنا، ويبدأ به؛ لأنه متعدٍ بخلاف الموهوب له، لا يرجع عليه إلا عند قيام عذر؛ لأنه وضع يده خطأً، فيضمن.

وقال محمد: يرجع على أيهما شاء، وعنده: لو كانت قيمته يوم اللبس أكثر من يوم الغصب: فلا تراجع بينهم، ولا للمستحق الرجوع على الموهوب بزيادة القيمة.

وعن أشهب: له الرجوع.

وبدأ ابن القاسم ههنا بالغاصب دون الموهوب له، وقال فيمن استأجر عبدًا ليبلغ له كتابًا إلى بلد، فعطب: أنه يضمن. والفرق: أن الأول وهبه الغاصب رقبة فاستهلكها، والثانى إنما وضع يده على المنفعة، والعبد لا يضمن منافعه للسيد؛ لأنه ماله، فيضمن من بعثه؛ لأنه وضع يده مخطئًا.

وقال ابن القاسم فيمن اكترى دابة من غاصب، وهو لا يعلم، فهلكت: لا يضمن؛ لأن الغاصب ضامن للدابة، فلا يضمن واضع يده على المنافع؛ لوجود من يضمن الرقبة، والعبد لا يضمن لسيده؛ فلذلك ضمن مستأجره. وسوى بينهما محمد.

فإن أعتق المشترى العبد المستحق أجازه البائع، فإن أجازه وقد نكح وورث: نفذ جميع ذلك؛ لأن المشترى لم يكن أصل عتقه عدوانًا، وقد قال أشهب فيما كان أصل عتقه عدوانًا، كالمكاتب يعتق عبدًا له فيموت، فيريد المشترى أن يجيز عتقه ويرثه: ذلك له. وينبغى على مذهب ابن القاسم لا يورث بالحرية؛ لأن أصل عتقه عدوان كعتق المديان.

وانظر: لو أعتقه الغاصب، ثم جاء ربه فلم يفت، فأراد إلزامه القيمة، وقال الغاصب: لا، ينبغى ألا يلزم ذلك الغاصب؛ فإن عتقه باطل لوقوعه فى غير ملك.

فرع: فى الجواهر: إذا قدم الطعام للمغصوب منه برئ منه، وكذلك لو أكرهه على الأكل.

وقال (ح): متى فعل المالك فى المغصوب فعلًا لو فعله الغاصب ضمن: سقط به ضمان الغصب؛ لأن يد المالك تناقض يد الغاصب، علم المالك أم لا، كلبس الثوب، وركوب الدابة، وأكل الطعام، وكذلك لو أجر العبد من الغاصب.

وقال ابن حنبل: إذا قال للمغصوب منه: كله فإنه طعامى: استقر الضمان على الغاصب وإن لم يقل ذلك برئ من الضمان.

وعند (ش) فى سقوط الضمان عن الغاصب قولان: علم أم لا، أكرهه أم لا.

لنا: أن إذن الغاصب كغرمه، فسقط الضمان، ولأن العلم وعدمه فى الضمان وسقوطه لا أثر له؛ لأنه لو أكل طعام الغير يظنه طعامه ضمنه، أو طعامه يظنه طعام الغريم يضمنه، وكيف يليق أن ينتفع إنسان بطعامه ويضمنه لغيره؟ أو نقول: رجع المغصوب إلى المغصوب منه، فيبرأ الغاصب، كما لو باعه منه، أو وهبه، أو أعاده أو أقبضه؛ لأن من استحق قبض شىء، حصل قبضه بهذه الوجوه، كما لو استحق المشترى قبض المبيع، فوهبه البائع إياه قبل القبض، أو أعاده، ولأن صاحب الطعام مباشر للإتلاف، والغاصب سبب فى التلف باليد العادية، والمباشرة مقدمة على السبب كحافر البئر، والملقى مقدم فى استقرار الضمان.

احتجوا بأنه لا يبرأ من الضمان كما لو قدم له الشاة بعد ذبحها وشيها.

وجوابه: أن الشاة صارت ملكه عندنا بالذبح، فلذلك [لما][1] استقر الضمان

---

(١) سقط فى ط.

عليه لم يبرأ[١] بتقديم الشاة، والطعام لم يستقر الضمان فيه، وهو ملك المغصوب منه فافترقا.

قالوا: إنما وجد من الغاصب إباحة الأكل، والإباحة ليست ردًّا ولا تزيل اليد العادية، بدليل أن الإنسان إذا أباح ملكه للضيف تبقى يده عليه يتصرف فيه كيف شاء، وله نزعه من الضيف، ولو باعه للضيف لم يصح، ولو حمله إلى منزله لمنعه، والإباحة ليست جهة ضمان.

وجوابه: أنا نفرضه خلّاه وراح وأكله، وحينئذ لم يبق للغاصب يد ألبتة، ثم ينتقض ما ذكرتم، بما إذا أعاره إياه، وإذا دفع الجارية المغصوبة له، وبما إذا دخل المالك دار الغاصب فأكل بغير إذنه، وبما إذا قال له: أعتق هذا العبد، واستولد هذه الجارية، فإنه يبرأ من الضمان فى هذه الصور كلها عندهم.

فرع: فى الكتاب: إذا شهدوا بالغصب مع الجهل بالقيمة، وقد هلكت، ووصفتها البينة، وتقوم الصفة، فإن قالوا: غصبها منك، ولا ندرى لمن هى: قضى بها لك؛ لأن اليد ظاهرة فى الملك. ومتى ادعى هلاك المغصوب، وخالف فى صفته: صدق مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه الغرامة، فإن ادعى ما لا يشبه: صدقت مع يمينك؛ لثبوت الظهور فى جهتك بالأشبه.

قال ابن يونس: وعن أشهب: لا يراعى الأشبه، ويصدق الغاصب.

قال فى النوادر: مراعاة الأشبه غلط، إنما ذلك فى اختلاف المتبايعين وكثرة الثمن، والسلعة قائمة معروفة الحال.

قال ابن يونس: لعله يريد داخلها نقص أو حوالة سوق، فراعى الأشبه، وإلا فقد قالوا: لا يراعى الأشبه، ويتحالفان، ويتفاسخان، ويحتمل أن يكون فى قيامها قولان فى الأشبه، والقياس: مراعاته، وقاله أشهب ههنا.

فرع: فى الكتاب: إذا قضينا على الغاصب فى القيمة، ثم ظهر المغصوب عنده: فلك أخذه إن علمت أنه أخفاه، وترد القيمة؛ لأنه ملكك، وإن لم تعلم فلا؛ لأن القصر والرضا بالقيمة كالبيع، إلا أن تظهر أفضل من الصفة بأمر بين، فلك تمام القيمة؛ نفيًا للظلامة، وكأنه لزمته القيمة فجحد بعضها.

---

(١) فى أ، وط: لم يبر

وفى التنبيهات: إذا ظهرت مخالفة الصفة: ففى بعض الروايات: يخير المغصوب منه بين رد ما أخذ، ويأخذ جاريته، أو حبسها، وتمام القيمة، قاله مالك وابن القاسم.

قال التونسى: نفذ مالك الحكم عليه؛ لقدرته على الإمساك حتى يجد المغصوب، وإذا علمت أنه غيبه كنت كالمجبور على بيعه، فلا يلزمك، وينبغى لو أقر بغير المغصوب، فيقول: جارية، وتقول أنت: عبد، فيصدق، ثم يظهر قولك: ينبغى الرجوع كالذى أخفى ذلك؛ لأنه قد أخفى الصفة كلها، بخلاف اتفاقهما على العبد، واختلافهما فى الصفة فالعين هى المبيعة.

وانظر: لو قال: جارية سوداء للخدمة قيمتها عشرون، وقلت: بيضاء للوطء قيمتها مائة، وهل هو مخالف لجحده بعض الصفة أم لا؟

قال ابن يونس: عن أشهب: يحلف الغاصب إذا لم يعلم أنه أخفاها: لقد كانت فاتت من يدى، فإذا حلف بقيت له إذا كانت على الصفة المحلوف عليها.

وهذا الفرع: هو تمليك الغاصب بالتضمين، ويملك المستحق القيمة، وافقنا فيه (ح) إلا فى صورة، وهى: إذا اختلفا فى القيمة فحلف الغاصب، وغرم ثم وجد المغصوب، وقيمته أكثر: فعندنا: يغرم تمام القيمة، وعنده: يأخذه، ويرد القيمة.

وقال (ش)، وابن حنبل: المغصوب على ملك المستحق مطلقًا، واتفق الجميع على بقاء الملك إذا كان الغاصب كتمها.

وأصل هذه المسألة: هل يلاحظ العدوان؟ وهو لا يناسب انتقال الأملاك، والملك ينشأ عن التضمين المرتب على العدوان تارة، وعلى غيره أخرى، فلا ملازمة بينه وبين العدوان، مع أن العدوان قد يوجب الملك فى وطء الأب جارية ابنه، فأحبلها، ولذلك نقول: أخذ البدل ههنا فيملك المبدل باذل البدل، كالأب مع ابنه فى إجبار الجارية، أو بالقياس على ما إذا غصب عنبًا وشيرجًا ونشاء وعمل الجميع فالوذجًا: فإنه عند الجميع يملك المغصوب والمستحق القيمة، ولأن القيمة بدل عن العين لا عن الحيلولة، كما يقوله (ش): إن العين تقوم وتوصف ويحلفان عليها، وأما الحيلولة فلا قيمة لها.

ولأن سبب التمليك الحكمى أقوى من القولى، بدليل الإرث فإنه ينقل الملك قهرًا بخلاف البيع ونحوه، ولأن القولى لا يوجب الضمان إلا بفعل أو تخلية،

والحكمى يوجب الضمان بمجرده، فيكون أقوى، فينقل الملك قياسًا على القولى وبطريق الأولى، أو نقول: بل يتعذر عليه رده فيملك كالقتل، أو نقول: [ملك](١) أحد المقابلين للأعيان، فيوجب(٢) أن يملك الطرفين كالثمرة والثمن.

احتجوا بأن القيمة قبالة الحيلولة لا قبالة العين؛ لأن الآبق - مثلًا - لا تصح مقابلته بالعوض ولو صرحا بذلك، ويأخذ القيمة عن المدبر، وأم الولد وهما لا يقابلان بالأعواض، ولأن الآبق لو لم يعد للغاصب لما كان له الرجوع فى القيمة، ولو كانت القيمة تقابله لرجع فيها كالثمن إذا لم يتمكن من المثمن، وكما إذا ذهب بصره، تجب الدية للحيلولة بينه وبين بصره، ولذلك إذا رجع بصره رد الدية واستقر البصر لصاحبه، وكذلك الشهود إذا رجعوا عن الشهادة يغرمون ما حالوا بين المالك وبينه، ولا يملكونه، فإذا تقرر بهذه النظائر أن القيمة قبالة الحيلولة، وقد ارتفعت الحيلولة، فترد القيمة، أو نقول: لا يوجب هذا التضمين الملك فى المدبر فلا يوجبه فى القن كما لو قطع يده.

والجواب عن الوجهين: أن بيع الآبق يجوز عندنا من الغاصب ومن غيره، بشرط عدم النقد والتزام(٣) الإتيان به فى أجل معلوم، أو نقول: لا يلزم من عدم قبول الملك والمعاوضة صريحًا ألا يقبل ذلك ضمنًا، كالعبد المشترك إذا أبق يمتنع بيع أحد الشريكين نصيبه من شريكه بالتصريح، ويجوز ضمنًا: بأن يعتق نصيبه فيملك نصيب صاحبه فيعتق عليه، وكذلك لو قال: أعتق عنى عبدك الآبق بألف: صح مع امتناع بيعه.

ولأن أم الولد والمدبر فى حيز المتلفين، فقيمتهما كدية الحر قبالته، لا قبالة الحيلولة بين الحر وبين زوجه.

ثم هذه الصور كلها مندفعة بأن يشترط فى صورة النزاع قبول الملك، وهذه الصورة لا تقبل الملك، فلا معنى لذكرها، ثم ينتقض ما ذكرتم بما إذا تراضيا بالقيمة، ثم عادت العين فإن ربها لا يأخذها، وأيضًا: لا يلزم من إفادة الشىء للملك اختصاصه بما يقبل الملك؛ لأن الصلح عن الدم وعن الرد بالعيب يفيد الملك،

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: والالتزام
(٣) فى أ: والالتزام.

والدم، والجزء الذى أوجب عدمه العيب لا يقبل النقل من ملك، ولو أعتق أحد الشريكين المكاتب ضمن نصيب شريكه، مع أنه لا يقبل الملك.

وأما ضوء العين: فلأنه عرض فلو ذهب ما عاد، فلما عاد علمنا أنه لم يذهب أولًا، بخلاف العبد إذا رجع لم يتبين أنه لم يأبق.

فرع: فى الكتاب: إذا خالفك الغاصب أو المنتهب فى عدد ما فى الصرة: صدق مع يمينه؛ لأنه غارم.

قال ابن يونس: قال أشهب: يصدق المنتهب منه مع يمينه إن ادعى ما يشبه مثله، والمنتهب لم يطلع، بأن أبقى الصرة فى ماء، ويختلف فى يمينه، كدعواك على رجل مائة، فيقول: لا أدرى ألك عندى شىء أم لا، فقيل: يأخذ بغير يمين؛ لعدم تحقيقه بالملك ولأن الشاك غير متمكن من اليمين.

قال اللخمى عن مطرف: يصدق المنتهب منه مع يمينه بعد غيبة الغاصب عليها إذا أعجزه بها، وادعى معرفة ما وجد فيها؛ لأن الغاصب إذا فعل مثل هذا الفعل لا يقر بالحق، فهو كمن كتم ولم يقر بشىء، فإن القول قول المغصوب منه ما لم يأت بما لم يشبه، إلا أن يأتى الغاصب فيقبل قول المنتهب منه إذا طرحها المنتهب قبل معرفة ما فيها؛ لأن ربها يدعى التحقيق والآخر التخمين، هذا إذا تقاربا فى الدعوى، فإن قال هذا: مائة، والآخر: ثلاثمائة: صدق المنتهب، وعلى قول مطرف: المنتهب منه، وإن قال: غصبنى هذا العبد، وقال الآخر: بل هذا، وقال: بل هذا الثوب: صدق الغاصب، وإن اتفقا أنه غصب عبدًا، واختلفا فى صفته، وقد هلك: صدق الغاصب فيما يشبه، أما ما لا يشبه: قال ابن القاسم: لا يقبل قوله؛ خلافًا لأشهب، نظرًا لبراءة الذمة والأشبه، فتعارض أصل وظاهر.

ابن القاسم: يقدم الظاهر، وإن أنكر الغصب وشهد باعترافه، أو أنه غصب عبدًا، ولم يثبت صفة: صدق المغصوب منه مع يمينه أن صفته كذا، وليس له بعد يمينه إلا الوسط؛ لأنه الأعدل بين الإفراط والتفريط.

قال: والأول أصوب؛ لأن على الغاصب الإقرار بالصفة، ويحلف عليها، أو يشكل، فيحلف الآخر. ولو أتى بالثوب خلقًا، وقلت: كان جديدًا، صدق مع يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة، فإن وجدت بعد ذلك بينة أنه غصبه جديدًا، أو الثوب قائم بيده، أو هلك، أو باعه، أو وهبه أو كان عبدًا فأعتقه، فإن كان

اختلافكما لتغرمه ما بين القيمتين: رجعت عليه بما بين القيمتين من مراعاة لحال الثوب فى هلاك أو غيره، وإن كان اختلافكما لتضمنه، فقال الغاصب: لا أضمن؛ لأنه كان خلقًا: فلك الرجوع عليه بقيمته يوم الغصب جديدًا، ثم ينظر فى الثوب إن كان قائمًا رده، وإن هلك فمصيبته من الغاصب؛ لأنه أكرهه على رده إليه، والقول قولك مع يمينك أنه هلك، وترجع بالقيمة.

وإن بعته: سلمت الثمن الذى بعته له، وإن لبسته، فأبليته: غرمت القيمة، فإن وهبته: قال أشهب: لا شىء عليك؛ لأن الغاصب أباح لك ذلك ظلمًا وعدوانًا، ولكن تتبع الموهوب له.

وإن كان عبدًا فأتى به معيبًا، وحلف هكذا غصبته، ورده، ثم شهد بأنه كان سليمًا: رجعت بقيمة العيب إذا كان اختلافكما لتأخذ قيمة العيب، وإن كان لتضمنه: رجعت بقيمته يوم الغصب، وكانت مصيبته من الغاصب، وإن أعتقه لم يلزمه شىء على قول أشهب، وخالفه محمد.

وإن أخذت العبد جاهلًا بعيبه، فعلمت بعد موته، أو إباقه، أو بيعه، أو عتقه: رجعت بقيمة العيب، فإن قلت: أرجع بجميع القيمة؛ لأنى لو علمت بالعيب ضمنته، فإن كان العيب لا يضمن؛ لأجله لخفته: لم يوافق، أو مثل ذلك العيب لا يقبله: صدقت، ورجعت بالقيمة، فإن أشكل الأمر: حلفت.

فرع: فى الكتاب: إذا ولدت الأمة بيد الغاصب من وطئه، أو من زوج على أنها أمة، ولم يعلم بالغصب، أو من زنا: فلك أخذها وأخذ ولدها رقيقًا، ويحد الغاصب لوطئه، ولا يلحقه الولد، ويلحق بالزوج رقيقًا؛ لأنه وطئ بشبهة الاعتقاد، ودخل على أنها أمة، فولده رقيق، فإن تزوجها على أنها حرة: فعليه قيمة الولد رقيقًا؛ لنشأته على الحرية باعتقاده الحرية.

وقال (ح): إذا ولدت من الغاصب، فمات الولد: غرم أرش بعض الولادة؛ لأن جل المغصوب ذهب دون الولد، فوافقنا على أن الولد غير مضمون.

وقال (ش)، وابن حنبل: على الغاصب مهر المثل، وإن كانت مطاوعة؛ لأنه حق السيد ليس لها إسقاطه، وأرش البكارة، والولد حر، وعليه قيمته يوم الولادة إن ولد حيًا، اشتراها حاملًا أو ولدت عنده، وإذا استحقت الأمة المشتراة غرم قيمة الولد، ونقص الولادة، للمغصوب منه ورجع بذلك على الغاصب.

لنا: أن الولد أمانة شرعية حدثت فى حوزه، كالثوب تلقيه الريح فى داره، وولد العارية والمودعة، ولأن الأصل عدم الضمان إلا فيما أجمعنا على ضمانه.

احتجوا بأنه حدث عن مضمون فلوحظ أصله بخلاف الثوب تلقيه الريح، وقياسًا على ولد الصيد.

والجواب عن الأول: أنه لو جلس فى الطريق عدوانًا، فألقت الريح إليه ثوبًا فتخرق: فلا ضمان، وإن كان جلوسه عدوانًا.

وعن الثانى: أن ولد الصيد يتعين إطلاقه، فحبسه عدوان محض، وولد الأمة تحت حفظه، وصونه على مالكه، ففيه شائبة الأمانة.

تفريع:

فى المقدمات: من استكره حرة أو أمة: فعليه فى الحرة صداق مثلها، وفى الأمة: ما نقصها - بكرًا كانت أو ثيبًا - ؛ تغليبًا لشائبة المالية عليها؛ خلافًا للشافعى فى مهر المثل؛ تغليبًا للآدمية.

وقال (ح): لا صداق عليه مع الحد.

قال اللخمى: يضمن الرائعة بالغيبة عليها إذا أشكل الأمر: هل أصابها أم لا؟ وعليه القيمة بتلًا، قاله عبد الملك.

قال: وأرى إيقاف القيمة إن كان السيد مقرًا بالإصابة؛ لإمكان أن تكون حاملًا منه، وأم الولد لا تضمن بالغيبة عليها، وإلا أخذت القيمة إن أنكر سيدها الوطء، أو لم يظهر حمل إلا قدر عيب الحمل، فإن تبين أنها غير حامل أخذه، وإن اغتصب وطء أمة دون رقبتها وخاصمه قبل أن تحيض، ضمنه جميع الرقبة؛ لأنه بفعله حال بينه وبينها، إلا أن تكون فى آخر الطهر، فينتظر الحيض.

ومتى ولدت من الغاصب منه، أو من زنًا، فسواء يأخذ الأمة، والولد، فإن مات لم يضمنه عند ابن القاسم، وقال أشهب: عليه قيمته يوم ولد؛ لأنه مغصوب، ومن قال: يلزم الغاصب أعلى القيم: يغرم قيمته يوم مات، إن كانت أعلى من الولادة.

وكذا إن ماتت الأم، فقيمتها وحدها عند ابن القاسم يوم غصبها، وقيمة الولد يوم الولادة مع قيمتها، على قول أشهب.

وإن ماتت الأم وحدها خير عند ابن القاسم بين قيمة الأم يوم الغصب، ولا شىء له فى الولد، أو يأخذ الولد ولا شىء له من قيمة الأم؛ لأن الولد عضو من أعضائها،

فذهابها دون ولدها كذهاب بعضها، وهو يخير فى البعض كذلك، وعلى قول أشهب: يأخذ الولد وقيمة الأم يوم الغصب، والقياس: أخذ قيمتها يوم ماتت، وأخذ الولد.

فإن قتل الولد وحده خيرت فى أخذ الأم، وقيمة الولد يوم القتل عند ابن القاسم، فإن قتلت: أخذ الولد، وقيمة الأم يوم قتلت، فإن قتلا: فليس لك - على قوله فى المدونة - إلا قيمة الأم يوم الغصب، وعلى قوله فى الدمياطية: يأخذ قيمتها يوم القتل.

وعلى قول أشهب: إذا قتلا أو أحدهما: فسواء القيمة يوم الغصب، وإن قتل الولد: أخذ الأم وقيمته [يوم ولد، أو][1] الأم: أخذ الولد، وقيمتها يوم الغصب، أو قتلا: فقيمة الأم يوم الغصب، وقيمة الولد يوم الولادة، وعلى الرواية الأخرى عنه: يأخذه بالقيمة يوم القتل، إن كانت أرفع القيم.

وإن قتل أحدهما، ومات الآخر: فالقيمة عند ابن القاسم فى الأم يوم غصبت - ماتت أو قتلت -، ولا شيء له فى الولد - مات أو قتل - على أصله فى المدونة، وعلى قوله الآخر: قيمة الأم يوم قتلها، ولا شيء له فى الولد؛ لأنه مات. فإن ماتت الأم: فالقيمة يوم الغصب، ولا شيء له فى الولد؛ لأنه حدث بعد أخذ القيمة، وعلى غير المدونة: قيمة الولد يوم قتل.

ويعلم من هذا البيان: حكم ما إذا ولدت من زنا عند المشترى، أو الموهوب، فوجدهما أو ماتا، أو أحدهما، أو قتلا، أو أحدهما، أو قتل أحدهما، ومات الآخر، وكان القتل من المشترى، أو الموهوب، أو من غيرهما، أو كانت جناية دون قتل، أو دخل الأم نقص من الولادة أو غيرها.

قال صاحب الخصال: إن توالدت الغنم: أخذها وأولادها، وإن ماتت وبقى نسلها: خيرت بين أخذ نسلها دون قيمة الأمهات، أو قيمة الأمهات يوم الغصب دون النسل، وكذلك إن كان الغاصب استغلها، وماتت: خيرت بين الرجوع عليه بغلتها، ولا شيء لك فى قيمتها، أو قيمتها يوم غصبها، ولا تأخذ الغلة والسارق والغاصب [سواء][2].

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتعت ثوبًا من غاصب، ولم تعلم، فلبسته حتى أبليته: فلربه قيمته يوم لبسته؛ لأنه يوم تعديك، أو يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب؛ لأنه يوم وضع يده، أو يجيز البيع، ويأخذ الثمن؛ لأنه بيع فضولى، ولو تلف عندك بأمر سماوى لم تضمنه، بخلاف الغاصب؛ لأنه متعد بوضع يده، ولم يوجد منك إتلاف، ولا تسبب، ولا يد عادية.

فرع: قال: إذا استهلك الطعام، أو الإدام: فعليه مثله بموضع غصبه، فإن لم يوجد هناك مثل، لزمه أن يأتيه بمثله إلا أن يصطلحا على أمر جائز، فإن لقيه بغير البلد لم يقض عليه بمثل ولا قيمة، إنما عليه المثل بموضع الغصب؛ لأنه مثلى، والمواضع تختلف، وعليه القيمة فى العروض، والرقيق، والحيوان بالموضع وغيره، نقصت القيمة بغير البلد أو زادت.

قال صاحب المقدمات: اختلف فى نقل المغصوب من بلد إلى بلد على ثلاثة أقوال: أحدها: ذلك فوت، وتخير بين أخذ متاعك، وتضمينه قيمته يوم الغصب، قاله أشهب.

وليس بفوت، وليس لك إلا متاعك، قاله سحنون؛ لأن اختلاف البلدان كاختلاف الأسواق ليست بفوت، والفرق بين العروض فتفوت، ويخير بين أخذها، أو يضمنه القيمة يوم الغصب فى البلد الذى غصبها فيه.

وفى الحيوان المستغنى عن الكراء عليه كالدواب ووخش الرقيق: ليس بفوت، فليس لك إلا أخذه، وأما المحتاج إلى الكراء من الرقيق: فكالعروض، وفيهما ثلاثة أقوال:

قولان متضادان، وتفرقة.

فأما الطعام: فثلاثة أقوال:

أحدها: ليس لك إلا مثل طعامك فى بلد الغصب.

وثانيها: يخير بين أخذه، وتضمينه مثله فى بلد الغصب، أو القريب، فيخير بين أخذه، أو يضمنه مثله فى بلد الغصب.

وقال (ح): إن وجد أحد النقدين فى غير البلد: فله أخذه دون قيمته، وإن اختلف صرفها؛ حملًا لها على الغالب؛ لأن الغالب فى النقدين عدم الاختلاف، وغير النقدين: إن استوت القيمة أو زادت: فكذلك؛ لأنه لا ضرر عليه حينئذ، أو

نقصت: خير بين قيمته ببلد الغصب؛ نفيًا لظلامة تنقص القيمة، وبين أخذها؛ لأنه ماله، أو ينتظر أخذها ببلد الغصب، بخلاف نقص قيمتها في بلد الغصب؛ لأن النقص لم يتبين عن فعل الغاصب وههنا تنشأ عن فعله، وإن هلك المغصوب، وقيمته ههنا أقل: فلك أخذ المثل في المثليات، أو قيمته ببلد الغصب، أو تنتظر أخذه ببلد الغصب؛ نفيًا لظلامة النقص، أو زادت القيمة: خير الغاصب بين دفع المثل في المثلي، أو القيمة ههنا في المقوم؛ لأنها زيادة نشأت عن فعله فهي ماله، وإن استوت فلك المطالبة لعدم الضرر عليكما.

وقال ابن حنبل: إن كان أحد النقدين: أخذه، أو مثليًا، واستوت القيمة، أو نقصت: رد مثله؛ نفيًا لظلامة النقص، ومؤنة الحمل، أو زادت، والمؤنة خفيفة: فكذلك رد المثلي من غير ضرر، أو مؤنة كثيرة: فلا؛ لضرر المؤنة في نقله إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه، ويخير المغصوب منه بين الصبر إلى أخذه ببلده، وبين القيمة الآن في بلد الغصب؛ لتعذر رده ورد مثله.

[وقال][1] (ش): أما المثلي: فإن وجده في غير البلد: خير بين أخذه، وبين إلزامه رده إلى بلد الغصب؛ لأنه عين ماله، ولا يلزمه حمله [إلى بلد الغصب][2] فترده للغاصب، وله إلزامه القيمة ههنا للحيلولة، فإذا رده الغاصب ردت القيمة، ولو تلف في البلد المنقول إليه: لك طلبه بالمثل حيث ظفرت به، وإن فقد المثل: غرمته أكثر قيمة البلدين، فإن تلف ببلد الغصب: فلك المطالبة في البلد الثاني بالمؤنة لنقله، كالدراهم، والدنانير وإلا فلا، بل لك القيمة ببلد التلف.

ولو أتلفه[3] الماء في مفازة، فلقيه على شاطئ النيل، أو الحل في الصيف، فلقيته في الشتاء: فليس لك إلا القيمة، وأما القيمي: فلك أخذه حيث وجدته، هذا كله كلام (ش).

قال التونسي: الأحسن في الرقيق والحيوان أن يأخذه؛ لأنها تمشي، بخلاف العروض، والأحسن - أيضًا - من الأقوال، قول ابن القاسم في المثليات: ألا يأخذه، بل مثله ببلد الغصب؛ لأن مثل الطعام يقوم مقامه، فلا يظلم الغاصب متى

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: أتلف.

قدر على غرم المثل كما لو غصب قمحًا فطحنه، فأعدل الأقوال: يرد مثل القمح دون الدقيق.

وقال أصبغ: إن كان قريبًا: فلربه أخذه، وإلا فلا؛ لأنه لا ضرر على الغاصب فى مؤنة ما حمله به للقريب.

وإذا أعطى مثل ما تعدى عليه فى غير البلد جاز، وإن أعطاه من غير صفته طعامًا لم يجز كمن أعطى تمرًا عن قمح قبل الأجل من قرض.

قال اللخمى: إذا لقيه بغير بلد الغصب، وأراد إغرامه المثل، أو القيمة: فليس ذلك له عند ابن القاسم، بل يصير إلى بلد الغصب فيغرم هناك، وله ذلك عند أشهب فى المثلى، والقيمة إن استوى سعر البلدين، أو هو ههنا أرخص؛ لأنه لا ضرر على الغاصب، وله أن يغرمه قيمته الآن بالبلد، أو تعذر وجود المثل ويرجى وجوده بعد، والأحسن: أن يكون ذلك فى المسألتين جميعًا؛ لأنه لا ضرر على الغاصب، وللمغصوب منه مقال فى استعجال حقه، هذا إذا استهلكه، أما إذا وجده مع الغاصب: فالخلاف مشهور.

قال: وأرى أن يأخذ المثلى فى ثلاثة مواضع: إذا كان الغاصب مستغرق الذمة؛ لأنه إن ترك متاعه حلالًا أخذه حرامًا، وإذا استوى سعر البلدين، أو هو ههنا أرخص لعدم الضرر على الغاصب، وله غرض فى أخذ عين ماله، وإذا قال: أنا أدفع الكراء، أو ما زاد سوقه الأقل منهما لاندفاع ضرر الغاصب بذلك.

قال: والذى أراه فى الجميع: أن العبد، والدابة، وما يصل بنفسه، أو حمولته خفيفة، كالثوب ونحوه: فيأخذه، وإن كره الغاصب؛ لأنه عين ماله، وللغاصب أن يجبره على قبوله، وإن كره لتبرأ ذمته إذا كان الطريق التى نقل منه مأمونًا، وإلا لم يجبر على قبوله، وضمنه القيمة.

وإن كثرت مؤنة نقله، وأحب الغاصب تسليمه: فلك عدم القبول؛ لأنك قد يكون غرضك أن يكون مالك ببلدك، إلا أن يقول الغاصب: أنا أرده والطريق آمن، فإن أحببت أخذه، وامتنع الغاصب؛ لأجل ما يتكلفه من الأجرة: فذلك له على قول ابن القاسم، فإن دفعت الأجرة: سقط مقاله، وليس عليه - على قول أشهب - شىء للحمل، وإن كان قد زاد فى الثمن كالسقى، والعلاج على أحد القولين؛ لأنه لا يغرم له شيئًا، وإن زاد فى الثمن كالجص، والتزويق: فالمعروف من المذهب: أن

ليس عليه أن يرده إلى مكان الغصب وقيل: ذلك لك.

فرع مرتب:

في الجواهر: حيث حكم للمغصوب منه بالمثل في بلد الغصب إما لزومًا أو اختيارًا على الخلاف، فلا يدفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثق منه؛ لأن أقل أحوال عين ماله أن يكون كالرهن.

قال أشهب: يحال بينه وبينه حتى يوفى ما عليه.

تمهيد: هذه المسألة - وهي نقل المغصوب - قد تشعبت فيها المذاهب، واضطربت الآراء وتباينت - كما ترى - بناء على ملاحظة أصول وقواعد:

أحدها: أن الغاصب لا ينبغي أن يغرم كلفة النقل؛ لأن ماله معصوم كمال المغصوب منه، وهذا الأصل لاحظه ابن القاسم فيما إذا وجد المثلى بغير البلد، كما نقله صاحب الجواهر، فيقول: لا تأخذ هذا المغصوب؛ لأن حمله بأجرة، ولا مثله ههنا إذ لا فرق، ولا القيمة؛ لأنه مثلى، فيتعين المثل ببلد الغصب، وأشهب أطرح هذا الأصل، وخيره بين أخذه، أو مثله لمكان الغصب، كما نقله في الجواهر.

أما أخذه: فلأنه متاعه، وأما مثله ببلد الغصب: فلأنه قد يأخذ هذا فيحتاج له كلفة، فلاحظ مصلحة المستحق دون الغاصب. وتفرقة أصبغ بين القريب والبعيد لملاحظة الشائبتين، فيحصل لها ثلاثة أصول: ملاحظة مصلحة الغاصب، أو مصلحة المستحق، أو يلغى ما خف دون ما عظم.

قال في الجواهر: وأما الحيوان فيأخذه حيث وجده، فجعل هذا المذهب من غير تفصيل؛ بناء على الأصل الأول وهو ظلامة الغاصب؛ لأنها منتفية ههنا. وعلى أصل رابع وهو: تعلق الحق بعين المال بحسب الإمكان، وهو مبنى (ش)، مع أصل آخر يأتي.

قال: وأما البز، والعروض: فيخير بين أخذه - بناء على الأصل الرابع - وأخذ قيمته في موضع الغصب، أو السرقة؛ بناء على أصل خامس، وهو: أن القيمة قد تزيد، أو تنقص، فوجب سقوط القيمة باعتبار هذه البلدة، واعتبرنا القيمة ببلد الغصب، وله على القيمة أخذ البز والعروض بغير البلد، بخلاف المثلى.

والفرق بأصل سادس، وهو: أن المثلى لا غرض في خصوصه، وكل مثلى يقوم مقامه مثله، وهذه المختلفات تتعلق الأغراض بخصوصها، ويقع الفرق بينها، وبين

الحيوان: أن الحيوان يمشى بنفسه؛ فلا كلفة على المستحق فى رده بخلاف العروض، وهو الأصل السابع.

وههنا - أيضًا - أصل ثامن، وهو: أن النقل يوجب اختلاف القيم، فهل هو كتغيير الصفات الموجبة لاختلاف القيم؟ واختلاف الصفات يوجب التخيير للمستحق، فكذلك اختلاف البقاع، أو ليس كذلك، واختلاف كحوالة الأسواق، فيتعين أخذ العرض من غير تخيير، ولا يجعل ذلك فوتًا إلا إذا انضاف إليه مؤنة الحمل، فيكون ذلك كفعل فعله الغاصب فى العين فغيرها، وعليه يتخرج القول بالتخيير فى العروض دون الحيوان.

وأصل تاسع، وهو: مطالبة الغاصب بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الحكم، وهذا الأصل الآخر الذى ينبنى عليه مذهب (ش).

وأصل عاشر، وهو: أن النقدين هل يملك خصوصهما، ويتعينان؟ وهو مذهب (ش)، وابن حنبل، وغيرهما، فيكون له أخذ عين النقد، وليس للغاصب أن يعطيه غيره قياسًا لهما على سائر المثليات، أو لا يملك خصوصهما، ولا يتعينان، وللغاصب أن يعطى غيرهما ما لم يختص أحدهما بمزية؟ وهو مشهورنا.

والفرق بينهما، وبين المثليات: أنهما وسائل، والمثليات مقاصد تبذل فيها الأغراض، وهى مناط الأغراض، وأما النقدان فلا يتعلق بهما إلا التوسل للمقاصد، فلا يلزم من اعتبار خصوصيات المقاصد اعتبار خصوصيات الوسائل.

فهذه عشرة أصول وقواعد بنى عليها فقه هذه المسألة، فإذا أحطت بها علمًا خرجت كل ما فيها من الخلاف عليها.

فرع: فى الكتاب: يرد الغاصب ما حدث عنده من ثمرة، أو نسل، أو صوف، أو لبن، فإن أكله: فمثله، أو قيمته فى غير المثلى، ولا نفقة له عليك فى سقى، أو رعى، أو غيره، لكن يقاص بذلك فيما بين يديه من غلة، فإن عجزت لم يرجع عليك، فإن ماتت الأمهات، وبقى الولد، أو الصوف، أو اللبن: خيرت فى قيمة الأمهات، ولا شىء لك فيما بقى من ولد، أو غيره، ولا ثمنه إن بيع، أو تأخذ الولد، وثمن ما بيع من صوف، ولبن، ونحوه.

وما أكل، أو انتفع به من ذلك: فعليه المثل، أو القيمة فى غير المثلى، ولا شىء عليه من قبل الأمهات؛ لأنه لو باع الأمة، فولدت عند المبتاع، ثم ماتت: فليس لك

الولد وقيمة الأم، وإنما لك الثمن على الغاصب، أو قيمتها يوم الغصب، والولد من المبتاع، ولا شيء لك على الغاصب من قيمة الأم، ولكن للمبتاع الرجوع على الغاصب بالثمن، ولا يجتمع على الغاصب ثمن وقيمة. وعليه كراء ما سكن وزرع أو اغتل من ربع، أو أرض، ويغرم ما أكراها به من غيره ما لم يحاب، وإن لم يسكن، ولا انتفع، ولا اغتل: فلا شيء عليه.

وما اغتصب، أو سرق من دواب، أو رقيق، فاستعملها شهرًا، وطال مكثها بيده، أو أكراها، وقبض كراءها: فلا شيء عليه في ذلك، وله ما قبض من كراء، وليس على الغاصب كراء ما ركب، بخلاف ما سكن من الربع، أو زرع؛ لأنه أنفق على ذلك، وهو لو أنفق على الصغير من رقيق، أو حيوان حتى كبر: فلك أخذه بزيادة، ولا شيء له مما أنفق، أو علف، أو كسا، ولو كان ذلك ربعًا أحدث فيه عملًا: كان له ما أحدث، فافترقا.

قال في النكت: إنما فرق بين الأصواف والألبان يردها، وبين غلة العبد والدابة؛ لأن غلتهما متكونة بسببه وفعله، والصوف ونحوه تحدث بأنفسها، ولأن الصوف ونحوه متولد عن الأعيان، فلها حكمها، وإنما فرق بين الربع والحيوان على أحد قوليه؛ لأن الرباع مأمونة، فلا ضمان غالبًا، ولا غلة له.

وقال (ش): يرد سمن الشاة، ولبنها، وصوفها.

قال صاحب المقدمات: الغلة في كون حكمها حكم المغصوب أم لا: قولان: والثاني لأشهب، فعليه: تلزمه قيمتها يوم قبضها، أو أكثر ما انتهت إليه القيمة على الاختلاف في الشيء المغصوب.

والقائلون بأن حكمها حكمه، أجمعوا: إن تلف ببينة: فلا ضمان، فإن ادعى تلفها: لم يصدق، كانت يغاب عليها أم لا. وضبط الخلاف في الغلة: أنها ثلاثة أقسام:

متولدة عن المغصوب على خلقته: كالولد، وعلى غير خلقته: كالصوف وعلى غير خلقته: كالأجرة.

فالأول: يرده اتفاقًا مع الأمهات، فإن ماتت: يخير بين قيمة الأم والولد.

والثاني: في رده قولان، وعلى الرد: إن تلف المغصوب: خيرت بين تضمينه القيمة، ولا شيء لك في رد الغلة، أو تأخذه بالغلة دون القيمة.

والثالث: فيه خمسة أقوال للغاصب لك: الفرق بين أن يكرى فى ذلك، أو ينتفع، أو يعطل: فلا شىء لك، والفرق بين أن يكرى، أو ينتفع: فيرد، وبين التعطيل: فلا يرد، والفرق بين الحيوان، والأصول. وهذا كله فيما اغتل من العين مع بقائها.

أما بتصريفها، وتحويل عينها: كالدنانير فيتجر[1] فيها، والحب يزرعه: فالغلة له قولًا واحدًا فى المذهب، وأما إن لم يقصد الرقبة، بل المنفعة: ضمن الغلة التى قصد غصبها، أكرى، أو انتفع، أو عطل.

وفى الجواهر: عن ابن القاسم يضمن غلة الإبل، والغنم دون العبيد، والدواب.

وقال القاضى أبو بكر: الصحيح أن المنافع مال مضمون تلف تحت اليد العادية، أو أتلفها المتعدى، فأما منفعة البضع فلا تضمن إلا بالتفويت: ففى الحرة صداق المثل، وفى الأمة ما نقصها، وكذلك منفعة بدن الحر ما لا تضمن إلا بالتفويت.

قال صاحب المقدمات: الخلاف المشهور فى الخراج والاستخدام، وأما المتولد عن الشىء: كاللبن، والصوف، والثمرة: فالمنصوص: الرد إن كان قائمًا، أو المكيلة والخرص: إن كان فائتًا، وروى ابن المعدل عن مالك: أن المتولد لا يرد أيضًا، ولم أر هذه الرواية فى كتاب، وإنما أخبرنى بها بعض أصحابنا، ولا خلاف فى الضمان بشبهة؛ أن الغلة له، وإنما الخلاف فى غير الشبهة.

قال التونسى: لا يصدق فى دعوى ضياع الغلة؛ لأنه غير مأمون، فإن ظهر هلاكها، وأخذت الرقبة: لم يضمنها؛ لأنها غير مغصوبة، ولو أكل الغاصب الولد: غرم قيمته يوم أفاته إذا أخذت الأمهات، وإن غرم قيمة الأمهات فلا شىء عليه فيما أكل من ولد، أو غلة؛ لتولده عما غرم قيمته يوم الغصب، وهذا هو القياس: ألا يضمن الإنسان ملكه.

وعند أشهب: للغلة والولد حكم المغصوب يوم ولد ويوم أخذت الغلة، وعنده: لو أغرمه قيمة الأمهات لفواتها: لا يغرمه قيمة الولد إن مات، وإن كان قائمًا: أخذه مع قيمة الأم.

---

(١) فى أ: فيخير.

وهل عليه السقى والعلاج الذى تنشأ عنه الغلات؟ قال ابن القاسم: ذلك عليك ما لم يتجاوز الثمرة.

وقال عبد الملك: لا شىء عليك؛ لأنه ليس له عين قائمة فهو كخياطة الغاصب الثوب.

ووجه الأول: كأن الثمرة هى السقى، فكأنه باعها، فهو أحق بها فى الفلس، وأسوة الغرماء فى الموت، وكذلك اللبن والصوف، وعلى قول عبد الملك: فهو مطرد فى الشفيع والمستحق.

ولو اشترى دارًا فجصصها، أو بيضها، أو صغيرًا فأنفق عليه حتى كبر: فلا شىء؛ لعدم عين قائمة.

فرع مرتب: على الخلاف فى رد الغلة.

وفى الموازية: إذا حضن الدجاجة من بيض غيرها: أن عليك ما نقصت، وكراء حضانتها، وقال: فيه نظر؛ لأن النقص بسبب الحضانة، وقد أغرمته النقص، فكيف لك الكراء؟ وقال: إذا حضنها من بيضها: فهو مثل ولادتها، ولك أخذ الجميع، وإن حضن بيضها تحت غيرها: لم يكن لك إلا مثل البيض، كالقمح يزرع، وقيل: تأخذ الفراخ كما إذا حضنتها.

فرع مرتب: على الخلاف فى رد العلاج:

قال ابن يونس: قال ابن القاسم - أيضًا -: لا شىء فى السقى، والعلاج؛ لأنه ليس له عين قائمة، لا يقدر على أخذه، ولا قيمة له بعد القلع كما لو غصب مركبًا خرابًا، فقلفطه، وزفته، وكمل آلته، ثم اغتله: فلك أخذه، ولا شىء عليك فيما أنفق إلا مثل الصارى، والحبل، وما يتحقق له ثمن، فللغاصب أخذه، وإن كان بموضع لا يستغنى عنه، إما لعدم غيره، أو للمشقة العظيمة: خيرت بين قيمته بموضعه كيف كان، أو تسلمه له.

فرع آخر مرتب:

قال: إذا سقى، وعالج بشبهة، كالمشترى، والموهوب: فعليك - عند ابن القاسم - قيمة ذلك، ومنع عبد الملك.

فرع آخر مرتب:

قال اللخمي: إذا قلنا: يرد [الغلة][1] فغصب خرابًا، فأصلحه: فهل يرد جميع الغلة؟ قاله محمد، أو ما ينوب الأصل قبل الإصلاح؟ قاله أشهب، والقولان في الدار الخراب التي لا تسكن، والمركب الخرب. ولم يختلفوا إذا بنى الأرض، ثم سكن، أو استغل: أنه لا يغرم سوى غلة القاعة.

وفي الجواهر: إذا أصلح الخراب، وسكن، واغتل غلة كثيرة: فلك أخذها مصلحة، وأخذ غلتها، وكراء ما سكن، وليس عليك مما أصلح شيء إلا قيمة ما لو نزعه كان له قيمة، قاله محمد.

فرع آخر مرتب:

قال: إذا قلنا: يرد الغلة إذا غصب دراهم أو دنانير، فربح فيها: فثلاثة أقوال:

قال مالك، وابن القاسم: لا شيء لك إلا رأس المال؛ لتقرر الضمان عليه بالتصرف - استنفقها أو تجر فيها.

وعن ابن حبيب: إن تجر فيها موسرًا: فله الربح؛ لقبول ذمته للضمان، أو معسرًا: فلك؛ لعدم قبولها في الولي يتجر في مال يتيمه.

وعن ابن سحنون: لك ما كنت تتجر فيها أن لو كانت في يديك.

قال: وأستحسن أن تقسم المسألة أربعة أقسام: إن كنت لا تتجر فيها لو كانت في يديك، ولم يتجر فيها الغاصب، بل قضاها في دين، أو أنفقها: فرأس المال؛ لعدم تعيين تضييع ربح عليك، وإن كنت تتجر فيها، ولم يتجر الغاصب: فلك ما كنت تربحه في تلك المدة؛ لأنه حرمك إياه، كما إذا أغلق الدار، إلا أن يعلم أن التجارة في تلك المدة كانت غير مربحة.

وإن كنت لا تتجر فيها، وتجر فيها الغاصب وهو موسر بغيرها، ولم يعامل لأجلها: فالربح له؛ لتقررها في ذمته بالتصرف، وإن كان فقيرًا عومل لأجلها: فالربح لك؛ لقوة شبهة تحصيل مالك للربح، كالولد في الحيوان.

وإن كنت تتجر فيها وهو فقير: فعليه الأكثر مما ربح، أو ما كنت تربحه.

فرع آخر مرتب:

(١) سقط في أ.

قال صاحب الخصال: إذا قلنا: يرد أجر العقار، فحابى فى كراء الأرض، أو الدار: فعليه المحاباة مع الكراء.

تنبيه: قد تقدم نقل المقدمات فى النقدين، وأن الربح له اتفاقًا، وهذا الخلاف يأبى ذلك الاتفاق.

وقال ابن حنبل: إذا غصب ذهبًا فتجر فيه، أو عرضًا فباعه، وتجر بثمنه: فذلك للمالك، والمشترى من السلع له - أيضًا - والأرباح له.

وقال (ش) و(ح): الربح للغاصب.

تنبيه: قول صاحب الشرع والعلماء: الخراج بالضمان ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقتضى أن الغاصب وغيره يأخذ الغلة بسبب أنه ضمن، وليس كذلك، فإن العين إذا لم تتغير ردها وبرئ من ضمانها، ومع ذلك فله الغلة، والعين لا تضمن إلا إذا هلكت أو تغيرت وإلا فلا.

ومعنى قولنا: المتعدى ضامن، أي: على تقدير التغير، وإلا فلا ضمان، وهذا التقرير هو أحد أسباب الخلاف، فإنه لما كان توقع الضمان فى العقار أبعد، لم تكن الغلة للغاصب لضعف السبب، أو يلاحظ أن الغلة مغصوبة فيضمن كما يضمن الأصل؛ بناء على أن الغصب وضع اليد العادية على مال الغير، أو ليست مغصوبة؛ بناء على أن الغصب فعل، والغاصب لم يوجد منه فعل فلا يضمن، وقاله (ح) خلافًا لـ (ش) وابن حنبل، ولظاهر قوله - عليه السلام -: «الخراج بالضمان».

وفيه النظر لقاعدة أخرى أصولية، وهى: أن اللفظ عام بالألف واللام، فهل يلاحظ عموم اللفظ؟ أو يلاحظ خصوص السبب؟ وهو إنما ورد فى المشترى للعبد، فوجده معيبًا فرده، فطلب البائع خراج عبده فقال - عليه السلام - ذلك، فعلى هذا يختص استحقاق الخراج بالضمان بشبهة، بخلاف العدوان الصرف لا ينبغى أن يكون سبب الملك، ويعضده قوله - عليه السلام - «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» وعرق الظالم ما يحدثه فى المغصوب.

أو يلاحظ الفروق المتقدمة، فهذه مدارك هذه المسألة.

نظائر: قال ابن يونس: الغلة للمشترى فى خمسة مواضع: الاستحقاق، والبيع الفاسد، والرد بالعيب، والفلس، والأخذ بالشفعة.

فرع: فى الكتاب: إذا تعدى المكترى أو المستعير المسافة تعديًا [بعيدًا][(١)] أو حبسها أيامًا كثيرة، ولم يركبها فردها بحالها: خيرت فى قيمتها يوم التعدى؛ لأنه فوتها أسواقها، فصار كالمسير لها، أو أخذها مع كراء حبسها بعد المسافة، ولك فى الوجهين الكراء الأول، وليس على الغاصب، والسارق فى مثل هذا قيمة إذا ردها بحالها.

وإذا تعدى المستعير أو المكترى على المسافة ميلًا أو أكثر، فعطبت: خيرت فى قيمتها يوم التعدى دون كراء الزيادة؛ لأن بضمانها يوم التعدى لا يضمن ما بعده؛ لدخولها فى ملكه بالضمان، أو كراء الزيادة دون قيمتها؛ لأنها ملكك، فلك تبقيتها على الملك، فتستحق مقابل المنفعة فى الزيادة، والكراء الأول عليه لا بد منه.

ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة، مثل البريد، أو اليوم: لم تلزمه القيمة، بل كراء الزيادة فقط؛ لعدم موجب ضمان الرقبة وهو مطلق التغير.

قال ابن يونس: على قوله فى العبد فى الرهن يعيره لم يستعمله: لا يضمن إلا فى عمل يعطب فى مثله، ولا يضمن المستعير فى التعدى اليسير، قال: والأرش شبه الضمان فى الكل، وقاله سحنون فى العبد الرهن.

قال ابن القاسم: فإن أصاب الدابة مع المتعدى أو المكترى فى التعدى الكثير من المسافة - عيب مفسد: فلك تضمينه قيمتها، وإن كان يسيرًا: لم يضمن إلا النقص، قال أبو محمد: يريد: مع كراء الزيادة.

قال بعض أصحابنا: ينقص من كراء الزيادة قدر نقصها، قال: وهو حق؛ لأن كراء المثل ينتقص بنقص الدابة، ولأنه ضمن ذلك للنقص، فلا يضمن كراءه كما لو ضمن الدابة.

وقال بعض الفقهاء: إن نقصت بسبب السير غرم النقص فقط، وإلا فالكراء مع النقص، وعلى ما تقدم: ذلك سواء؛ لأن الضمان يوم التعدى، فقد سار على ما ضمنه إلا أن يكون النقص بعدوان بعد الرجوع، لرجوت النقص بعد وجوب الكراء.

وعلى التفريق: يبقى تخييره بين أخذ النقص، أو الكراء.

وفى الموازية: إذا غصب الدجاجة، فحضن تحتها بيض غيرها: عليه ما نقصت،

---

(١) سقط فى أ.

وكراء حضانتها، قال: وفيه نظر؛ لأن النقص بسبب الحضانة، وقد غرم النقص، فلا يغرم الكراء.

تنبيه: تفريقه بين الغاصب لا يضمن الدابة إذا ردها بحالها، وبين المستعير يحبسها أيامًا ثم يردها بحالها يضمن - مشكل من وجهين:

الأول: أن على اليد ما أخذت حتى ترده، وقد رد ما أخذ، فلا يضمن.

الثاني: سلمنا الضمان، لكن الغاصب ضامن، والظالم أولى أن يحمل عليه، وقد جعله أسعد ممن ليس بظالم في أصل وضع اليد.

وقد قيل في الجواب: إن المعير والمكرى أذنا في شيء مخصوص، ومفهومه، ولازمه النهى عما زاد عليه، فيكون النهى فيما زاد خاصًا بهذه الزيادة، ونهى الغاصب نهى عام لا يختص بمسافة ولا بحالة، والقاعدة: أن النهى الخاص بالشيء أقوى مما يعمه ويعم غيره، يشهد لذلك ثوب الحرير والنجس، أن النجس أقوى فى المنع؛ لاختصاصه بالصلاة، والصيد والميتة، أن الصيد أقوى منعًا؛ لاختصاصه بالإحرام، ونحو ذلك.

فرع: فى الكتاب: إذا قلنا: غصب جديدًا، وقال: بل خلقًا: صدق مع يمينه؛ لأنه غارم، وترد بينتك إذا أتيت بها بعد تلك التى كنت تعلم بها، وإلا رجعت بتمام القيمة كسائر الحقوق، حلف عند السلطان أو غيره.

قال ابن يونس: قال أشهب: البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة، وقاله على - رضى الله عنه - فيخير بين أخذه، وقيمته يوم الغصب، وإن بعته بعد أخذك إياه خلقًا فأصبته فى القيمة بالثمن، وإن وهبته: لا شيء عليك؛ لأن إباحة الغاصب لك ذلك ظلم، ويتبع الغاصب الذى صار إليه الثوب، فيأخذه منه، أو قيمته يوم لبسه أو أبلاه، وإن تلف: لم يكن له ضمان؛ لأنه لم يوجد بيد ضمان عليك، بل هو أكرهك على أخذه.

فرع: فى الكتاب: استهلك سوارين: فعليه قيمتهما مصوغين من الدراهم؛ لأن الذهب لا يباع بالذهب ثمنًا؛ فلا يجعل قيمة شرعية، والقيمة قد تزيد، ولك تأخيره بتلك القيمة، تغليبًا لغرض الصياغة، وليس على كاسرهما إلا قيمة الصياغة، بخلاف الغاصب؛ لأنه لم يجن إلا على الصنعة.

قال ابن يونس: قال محمد: بخلاف العروض فى الفساد الكثير؛ لأنه لم يفسد

عين الذهب، بل صنعه، وهو لم يقبضها، فيضمن بالغصب قيمتها، والذى رجع إليه ابن القاسم فى كتاب الرهن: أن فى كسرها قيمتهما، ويبقيان له.

وقال أشهب: يصوغهما له، وقاله مالك فيهما، وفى الجدار يهدمه، فإن لم يقدر يصوغهما فعليه ما بين قيمتهما مصوغين ومكسورين، ولا يبالى قوما بالذهب أو بالفضة.

وفى الموازية: إن أعاد الحلى إلى هيئته: فعليه قيمته، قال: وهو صواب على مذهب من لا يرى أن يقضى بمثل الصياغة؛ لأن هذه الصياغة غير تلك، فكأنه أفاتهما وعلى مذهب أشهب: يأخذهما.

نظائر: يقضى بالمثل فى غير المثليات فى أربع مسائل: مسألة الحلى هذه، وإذا هدم بناء: وجب عليه إعادته، وإن دفن فى قبر غيره: وجب عليه حفر مثله، ومن قطع ثوبًا: رفاه.

[فرع][1] فى الكتاب: غصب لك قمحًا، ولآخر شعيرًا، فخلطهما: فعليه لكل واحد مثل طعامه؛ لتعذر رد العين.

وفى النكت: قال بعض شيوخنا: إن كان معدمًا: بيع المخلوط، واشترى لكل [طعامه، يقوم القمح غير معيب [بالشعير والشعير غير معيب][2]، ويشترى لكل واحد بما يخصه][3] وما بقى فى ذمة الغاصب، أما إذا لم يكن متعديًا: فيقوم القمح معيبًا، ويجوز بيعه كيلًا وجزافًا، وليس كصبرة قمح وصبرة شعير، على أن كل قفيز بكذا؛ لعدم الضرورة فى الجمع الذى هو خطر.

قال التونسى: إن لت الغاصب السويق بسمن: فعليه مثله، ولا يلزمك قيمة السمن، والخلاف فى طحن القمح: فقيل: مثله، وقيل: يأخذه مطحونًا، ولا شىء عليه وقال ابن القاسم: لا يأخذ الثوب مصبوغًا حتى يدفع قيمة الصبغ.

وقال أشهب: يأخذه مصبوغًا، ولا شىء عليه، كمن بنى ما لا قيمة له بعد القلع.

وفى الموازية: إذا نسج الغزل: فقيمته كجعل الخشبة توابيت، وكل هذا مختلف فيه.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى أ.

وابن القاسم يرى أن المثل فى المثل أعدل؛ لسده مسد مثله، وينفى الضرر عن كل واحد منهما، وأما العروض: فلا يأخذه إلا بعد أن يدفع ما أخرجه الغاصب مما له عين كالصبغ؛ لئلا يظلم الغاصب، وما لا عين له كالخياطة: فيؤخذ بغير شىء، كالبناء بما لا قيمة له إذا قلع.

وإن كان ما أحدثه الغاصب غيّره حتى زال الاسم عنه، كالخشبة أبوابًا: فالقيمة، ونسج الغزل، كجعل الخشبة تابوتًا، وقد يشبه أن يكون كخياطة الثوب؛ لأن المتجدد لا قيمة له إذا أزيل، كما قالوا فى قطع الثوب أقمصة وتخاط: فهى لك بلا غرم.

ولو أراد دفع الضمان بقسم الحنطة، والشعير كيلًا على كيل طعام كل واحد: أجازه فى الموازية، ومنعه أشهب؛ لأنك لو قلت: آخذه، وأغرم لصاحبى مثل طعامه: امتنع؛ لأنك أخذت بما وجب لك على الغاصب قمحًا وشعيرًا على أن تعطى عن الغاصب شعيرًا، ولأنك لو اتبعت الغاصب بمثل طعامك لم يكن للآخر أن يقول للغاصب: أنا أشاركه؛ ولأنه لما اختلط متاع كل واحد صار كأنه فى ذمته، ووجب المختلط للغاصب فليس لك أن تأخذ القمح قمحًا وشعيرًا.

وقد يقال: التضمين لكما، فإذا رفعتما التضمين: فلكما القسم بالكيل والتراضى.

قال ابن يونس: إذا بيع المختلط، ورضيا بقسمة الثمن: جاز، وإن اختلفا: فمن شاء أخذ حصته من الثمن أخذها، ويشترى الآخر بحصته طعامًا، ومن رضى بالثمن: لم يتبعه بما بقى، ولا يجوز اقتسامكما المختلط على قيمة الطعام على قدر كل واحد منكما، يجوز إن رضيتما، قاله محمد، وقاله أشهب أيضًا.

وقال: يقسمان بالسواء إذا كانت مكيلتهما واحدة، ويمتنع اقتسامكما على القيم؛ لدخول التفاضل فى الطعامين، وجوزه ابن القاسم وهو مذهبه فى المدونة، ومنعه سحنون مطلقًا؛ لأنك لو اتبعت بمثل طعامك لم يكن للآخر أن يقول: أنا آخذ من هذا الطعام مثل مكيلتى؛ لأنه ليس بعين طعامه، ولا لكما أخذ المختلط؛ كمن غصب خشبة وغصب نجارًا عملها بابًا: لم يكن لهما أخذ الباب، هذا بقيمة الخشبة، وهذا بقيمة العمل.

قال أشهب: لو أودعه هذا جوزًا، وهذا حنطة، فخلطهما، ثم تلفا: لم يضمن

شيئًا؛ للقدرة على التخليص من غير ضرر على القمح، ولا على الجوز، إلا أن يكون أحدهما يفسد الآخر.

وقال (ش): إذا خلط الزيت بأفضل منه، أو مثله: خير بين الدفع لك من المخلوط، أو مثل زيتك من غيره، أو بدونه: خيرت أنت؛ لأن الخلط إتلاف.

قال بعض أصحابه: وهو مشكل؛ لأنه لم يمكن[1] أن يقال: ملك الغاصب تلف بالخلط، فلا يملك بذلك.

قال: وكذلك خلط الدقيق بالدقيق، قال: فإن خلط الزيت بألبان، أو بغير جنسه: تعين ضمان المثل، وكذلك لو خلطه بسويق، بخلاف القمح بالشعير تحت لفظه؛ لأنه ممكن.

وقال (ح): خلط الطعام بمثله يوجب الخيرة بين الشركة، وتضمين المثل.

وقال ابن حنبل: خلط القمح بالشعير يوجب التمييز بينهما، أو بمثله: رد مثله، أو بدونه وأجود منه: فشريكان، يباع ويدفع الثمن لهما، أو بما لا قيمة له، كالزيت بالماء، وتعذر تخليصه: فمثله.

قال صاحب النوادر: لو خلط زيتًا بسمن، أو سمنًا بعسل، أو سمن بقر بسمن غنم: قال أشهب: يضمن ما ضاع منه وما بقى، أو زيتًا بزيت[2]، أو سمنًا بسمن: فهو ضامن لما ضاع وما بقى، ولكما أن تقتسما ما بقى، أو تدعاه.

قال ابن القاسم، وأشهب: وإن خلط دراهمك بدراهمه: فلك مثله، ولا شركة لك معه فى ذلك، ولو غصبك دراهم، فجعلها فى قلادة، وجعل لها عرى: فلك أخذها، وتدع عراه.

فرع: فى الكتاب: إذا غصب خشبة أو حجرًا فبنى عليهما: فلك أخذهما وهد البناء، وكذلك إن غصب ثوبًا فجعله ظهارة لجبة: فلك أخذه، أو تضمينه قيمة الثوب، ولو عمل الخشبة بابًا، أو التراب[3] ملاطًا، أو زرع الحنطة فحصد منها حبًا كثيرًا، أو لت السويق بسمن، أو صاغ الفضة دراهم، أو الحديد قدورًا: فعليه مثل ما غصب صفة ووزنا، أو كيلًا، أو قيمة فيما لا يكال أو لا يوزن، كالبيع الفاسد.

---

(١) فى أ: لأنه يمكن.

(٢) فى أ: بزفت.

(٣) فى أ: أو ملاطا.

وأما الودى والشجرة الصغيرة يقلعها، ويغرسها فى أرضه، فتصير بواسق: فلك أخذها كصغير من الحيوان يكبر.

فائدة: فى التنبيهات: الملاط - بكسر الميم - أى عمل التراب طينًا.

قال التونسى: ظاهر المدونة أن لك تضمينه قيمة الخشبة إذا أدخلها فى بنيانه[١]؛ لأن بإدخالها رضى بدفع القيمة، وقيل: ليس لك أخذها إن أدى ذلك لخراب بنيانه، كالخشبة يعملها توابت، فخراب البنيان أعظم من مؤنة التوابت.

ومن استدل عليك فأخذ من بستانك غرسا غرسه فى بستانه: فلك أخذه بحدثان الغرس، وإن طال زمان الغرس فلا[٢]، ولك قيمته قائمًا يوم القلع، ولو لم يدل عليك: أخذته، وإن طال، كالصغير يكبر؛ لعدم شبهة الإدلال، ولك تركه وأخذ قيمته ثابتًا، ولو كان الغاصب امتلخ ذلك من شجرة امتلاخًا: فلك أخذه بحدثان ذلك، بخلاف طول الزمان، فلك قيمته يوم الامتلاخ عودًا مكسورًا إذا كان لم يضر بالشجرة، فإن أضر: فما نقص الشجرة مع القيمة؛ لأن الامتلاخ كحب الزرع، والغرس الصغير يكبر.

فلو امتلخ دالة لا تعديًا: فإنه يتحالل منك، فإن حاللته، وإلا فقيمة العود مكسورًا، حدث القيام أو تأخر. ولو باع الغاصب الغرس، فغرسه المبتاع وهو لا يعلم بالغصب، فينبت: خيرت بين أخذ الثمن من الغاصب، أو قيمته قائمًا يوم اقتلعه، أو تقلعه ما لم يطل زمانه وتتبين زيادته، فلا تقلعه، وتأخذ من المشترى قيمته يوم غرسه فى أرضه، لا قيمته يوم التعدى ولا قيمته اليوم؛ لأن الزيادة نشأت على ملكه، ويرجع المشترى بثمنه على الغاصب؛ لأن المشترى فعل بشبهة، فلا يعطى إلا مع عدم الضرر، وكذلك يجب لو غصب خشبة، فبنى عليها المشترى لضمن[٣] المشترى قيمتها إذا كان الأخذ يفسد بناءه، أو إجازة البيع، وأخذ الثمن، أو أغرم الغاصب قيمتها يوم الغصب.

قال ابن يونس: فتق الجبة، وهد البناء عن الحجر: على الغاصب.

---

(١) فى أ: بنائه.
(٢) فى أ: فللولد.
(٣) فى أ: لضمنت.

وقال عبد الملك: إذا صاغ الفضة حليًا، أو صبغ الثوب، أو قطعه، أو خيطه، أو طحن القمح سويقًا: أن لك أخذه أو تضمن المثل فى المثلى، أو القيمة فى غيره؛ لقوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فلا حجة له بالصنعة.

وقال سحنون: كل ما تغير اسمه بالصنعة: فهو فوت ليس لك أخذه، وحيث قال سحنون: يؤخذ[1] الودى إذا صار بواسق: فهو إذا كان ينبت فى أرض أخرى.

وقال أصبغ: لك أخذه، كان ينبت أم لا، ولك تركه، وأخذ القيمة.

قال اللخمى: اختلف فى الموزون، والمكيل إذا كان يحرم فيه التفاضل، كالنقدين، والقمح، أو لا يحرم، كالحديد، وضع جميع ذلك فى أربعة مواضع: كل ذلك فوت [أم لا][2]؟ وإذا أخذ: هل يغرم للصنعة شيئًا أم لا؟ وإذا غرم: هل قيمة الصنعة أو ما زادت؟ وإذا امتنع: هل يكونان شريكين؟

فقال ابن القاسم: ليس له إلا ما غصب.

وقيل: له أخذ هذه الأشياء بغير شىء؛ لأن الصنعة فى هذه الأشياء ليست عينًا قائمة، فهى كالجص، والتزويق.

وقيل: إن كانت قيمة الصنعة يسيرة فلا شىء لها، وإن كان لها قدر، وزادت فى القيمة: فلا يأخذ إلا بقيمة الصنعة، أو يكونان شريكين، قاله عبد الملك.

وقيل: إن جاز التفاضل فيه فلك الأخذ، ودفع الأجرة، وإلا فلك المثل، ولا تأخذه؛ لئلا يظلم الغاصب؛ ونفيا للربا؛ لئلا يصير فضة بفضة وزيادة، قاله ابن القاسم.

قال: وأرى أن يقال للمغصوب منه: إن اخترت فى نفسك أحد الأمرين: الأخذ، أو التضمين: يحرم عليك الانتقال إلى الآخر؛ لأنه ربا ويوكل فى ذلك إلى أمانته.

وقال (ش): لك إلزامه برد اللبن ترابًا، والفضة المسكوكة مسبوكة، والتراب إلى حفره، وإن زادت هذه الأشياء فى المغصوب، بخلاف هدم الجدار؛ لتعذر رده، إلا أن يكون منضدًا من غير ملاط.

ولو غصب بيضة، فحضنها، أو عصيرًا فصار خلًا: رد الخل والفرخ[3]؛ لأنه

---

(١) فى ط: يأخذ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: الفروخ.

عين مال المغصوب منه، وفى ضمان البيضة عندهم وجهان:

أحدهما: لا يجب؛ لأن البيضة صارت مذرة لا قيمة لها.

والثانى: يجب؛ لليد العادية، وكذلك يأخذ الزرع، وفى ضمان البذر عندهم وجهان، ولو غصب خمرًا فتخلل، أو جلد الميتة فدبغه: رد ما غصب، وقال بعضهم: لا؛ لأن الملك إنما حصل فى يده، ولا يضمنه عندهم إذا تلف قبل الدباغ.

ويرد عندهم الخشبة المبنى عليها، وإن هدمت قصرًا، ووافقهم ابن حنبل؛ هدمًا للعدوان، وخالف (ح)؛ نفيًا لضرر الغاصب.

وكذلك اللوح فى السفينة يأخذه عندهم إذا لم يؤد ذلك إلى غرقه، ولا غرق غيره، ولا إذهاب مال غيره، وإن أذهب أموال الغاصب؛ لأنه المغرر بأمواله.

وقال ابن حنبل: لا يأخذه حتى يصل إلى البر صيانة لمال الغاصب.

وقال (ح): إذا صار اللبن الحليب مخيضًا، أو العصير، أو العنب زبيبًا، أو الرطب تمرًا: خيرت بين أخذه بغير شىء، وتضمينه المثل، ولا تأخذ أرشًا؛ لأنها ربويات.

ولو ضرب العين دارهم: لك أخذها بغير أجرة؛ لأنه متبرع، وإذا خلل خمر المسلم: له أخذها عند (ح) ؛ لأنها تملك عنده، وإذا وكل ذميًا فى شرائها، أو اشتراها عبده[1] المأذون له النصرانى، ويأخذ عنده جلد الميتة، ويعطى ما زاد الدباغ.

وقال ابن حنبل: يجبر على رد التراب المزال من الأرض.

وأصل المسألة فى الخشبة واللوح فى السفينة: أنها بالبناء هل انتقلت عن حكم العينية إلى أن صارت وصفًا للبناء، فتكون تبعًا، فلا ترد، أو هى باقية فترد؟

وأصل آخر عند (ش)، وهو: أن المغصوبة لا تكون سببًا للملك، وبنى عليه عدم ملك الغلات.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢] والغاصب ظالم، فعليه السبيل فى القلع، وقوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ

(١) فى أ: عبدها.

حَقٌّ»[١] فلا يستحق به الخشبة.

أو نقول: تصرف فى ملك الغير تعديًا، ويحتمل النقص، والإبطال من غير تغيير خلقه واسمه، فلا يبطل حق المالك من العين، أصله: الساحة إذا بنى فيها.

ولا يرد الخيط يخاط به جرح الحيوان، فإنه لا يحتمل النقض؛ لأن له حرمة، ولا إذا عملها بابًا لتغير الاسم والحقيقة.

احتجوا بأن التصرف يمنع الأخذ، كما يمنع الرجوع فى الهبة لقوله - عليه السلام -: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[٢] فلا يُضَرُّ الغاصب بهد بنيانه.

وبالقياس على الخيط الذى خاط به جرح الحيوان، أو بلع لغيره جوهرة، وبالقياس على ما إذا بنى، ولم يعلم أنها لغيره، أو بالقياس على ما إذا بنى حولها قبة، فإنه بنى بحق لم يعتمد على الخشبة، فلا يهد؛ قياسًا على بناء القبة حولها.

والجواب عن الأول: أن للموهوب تصرفًا فى ملكه، فكان تصرفه معتبرًا، بخلاف الغاصب.

وعن الثانى: أنه مشترك الدلالة؛ لأن منع المالك[٣] إضرار به، بل هو أولى؛ لأنه غير ظالم بخلاف الغاصب، وأجمعنا على إضرار الغاصب فى العرصة إذا بنى فيها وغيرها، فيحمل الخبر على نفى الضرر بغير حق، ولأنه معارض بما هو أخص منه، وهو قوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»، والأخص مقدم على العام.

وعن الثالث: أن حرمة الحيوان أعظم من البنيان، وكذلك لا يمنع فضل الماء؛ لأجل الحيوان ويجوز منعه؛ لأجل المال، مع أن من أصحابنا من قال برد الخيط إذا خاط به بهيمة، وأما إن خاط به خنزيرًا، أو كلبا عقورًا: رد قولًا واحدًا، فإن كان مأكولا: قال بعض أصحابنا: يحتمل الرد، وذبح الحيوان أو يرد ولا يذبح؛ لنهيه - عليه السلام - عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[٤].

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) فى أ: الملك.
(٤) أخرجه النسائى (٧/ ٢٣٩) فى كتاب الضحايا: باب من قتل عصفورًا. وأخرجه أبو داود الطيالسى فى المسند ص (٣٠١) الحديث (٢٢٧٩)، والشافعى فى ترتيب المسند (٢/ ١٧١ - ١٧٢) كتاب الصيد والذبائح: الحديث (٥٩٨)، واللفظ له. وأحمد فى المسند (٢/ =

فإن خيط به جرح آدمى، فاستحق المستحق للخيط عليه القصاص بالاحتمالين، كالمأكول اللحم.

وأما الجوهرة: فإن بلعها بغير تفريط صاحبه: فكالخيط فى مأكول اللحم، أو بغير تفريط: لا يجب الرد؛ لعدم التعدى؛ لقوله - عليه السلام -: «جَرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ».

وعن الرابع: أنه إذا لم يعلم فله شبهة، يشهد له أخذ البناء بقيمته قائمًا، وفى الغصب مع العلم منقوضًا.

وعن الخامس: أنه يجب نقض القبة؛ لأنه قصد بها الحيلولة بين المالك، وملكه، كما لو بنى عليه الباب حتى لا يخرج فإنه يجب هد الباب.

فرع: قال ابن يونس: قال أشهب: إذا غصب بيضة، فحضنها تحت دجاجة: له الفرخ، وعليه بيضة مثلها، كغاصب القمح يزرعه.

قال سحنون: الفرخ لصاحب البيضة، وعليه قيمة ما حضنت دجاجته؛ لأنه نشأ عن ملكه، ولو غصب حمامة فزوجها حمامًا له، فباضت، فأفرخت: فلك الحمامة، والفرخ، ولا شىء له فى إعانة حمامه الذكر، ولك قيمة حضانتها فيما حضنت من بيض غيرها، ولا شىء لك فيما حضنه غيرها من بيضها مثله، إلا أن يكون عليك ضرر فى تكلف حمام يحضنهم، فتغرمه القيمة.

فرع: قال: قال مالك: إذا تسوق بسلعة، فأعطاه غير واحد ثمنًا، ثم يستهلكها رجل: ضمن ما أعطى فيها، ولا ينظر لقيمتها إذا كان العطاء قد تواطأ عليه الناس، ولو أراد البيع باع؛ لأن هذا تعيين قيمة، وقال سحنون: بل قيمتها؛ لأنه القاعدة.

وقال عيسى: يضمن الأكثر؛ لوجود السببين.

فرع: قال قال أشهب: إذا صالحت الغاصب للصبرة على كيل مثل القمح، وقد كان التزم القيمة بحكم أو بصلح - جاز أخذ كيل[1] بالقيمة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا غصب نصرانى سفينة مسلم، وحمل فيها خمرًا:

= ١٦٦)، والدارمى فى السنن (٢/ ٨٤) كتاب الأضاحى: باب من قتل شيئًا من الدواب عبثًا والحاكم فى المستدرك (٤/ ٢٣٣) كتاب الذبائح: وقال: صحيح الإسناد، وأقره الذهبى من حديث عبد الله.

(١) فى أ: جاز الكيل.

أخذت منه الكراء، وتصدقت به، وله على المسلم كراء السفينة فيما أبطلها، ولا ينظر إلى كراء الخمر.

فرع: فى التلقين: إن رده زائد البدل: لزمك أخذه، ويبرئ الغاصب، كالصغير يكبر، والعليل يصح، والمهزول يسمن؛ لرده ما أخذ، وهو الذى يلزمه، أو ناقصًا: خيرت بين إسلامه، وتضمينه القيمة يوم الغصب؛ لأن هذه عين أخرى، أو تأخذه؛ لأن الباقى عين ملكك.

ثم ذلك النقص: إن كان سماويًا، لا بفعل الغاصب: لم تتبعه بشىء؛ لأنه لم يهلك بتعديه، أو بفعله، فهل تتبعه بالأرش لتعديه فى التنقيص؟ أوليس لك إلا أخذه بغير أرش؟ أو إسلامه وأخذ قيمته يوم الغصب؛ لحصول المقصود بالقيمة كلها من غير تفريق على الغاصب؟ روايتان. ولا ضمان عليه فى زيادة طرأت عنده، ثم ذهبت فى بدن أو قيمة، ولا له قيمتها، كتعليم صنعة، أو حوالة سوق؛ لأن هذه لم يتناولها الغصب، إنما تناول الأصل؛ لأن الغصب فعل، ولم يقع فى هذه الزوائد، بل هذه كالثوب تلقيه الريح فى بيته.

قال صاحب الخصال: إن انهدمت الدار بفعله، أو بغير فعل: ضمنها؛ لأن اليد العادية موجبة للضمان حتى ترد، وما ردت فيضمن.

وفى الجواهر: إن تعيب، أو زالت جارحة بأمر سماوى: لك أخذه بغير أرش [أو][1] أخذ القيمة يوم الغصب، أو بجناية الغصب: فقيمته يوم الغصب، أو أخذه مع الأرش وهو المشهور. وقال سحنون: هو كالأول. أو من أجنبى، ثم ذهب: فلا يؤخذ الغاصب بالنقص، بل القيمة يوم الغصب، ويتبع الغاصب الجانى بالنقص، ولا يراعى حوالة السوق أصلًا.

وقال ابن عبدوس: عن مالك: إن وجدت المغصوب عند مشتريه من الغاصب حالت سوقه: لك تضمين الغاصب [القيمة][2].

قال التلمسانى: ما يعرف بعينه: إذا هلك عند المشترى من الغاصب بأمر سماوى: خيرت بين أخذه ناقصًا بغير شىء، أو القيمة يوم الغصب، أو الثمن،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

ولا ضمان على المبتاع، ويصدق فيما لا يغاب عليه، ويحلف فيما يغاب عليه لقد هلك، ويغرم القيمة، إلا أن تقوم بينة بهلاكه من غير سببه.

فرع: فى التلقين: يقلع زرعه، إلا أن يفوت إبانه، فلك الأجرة؛ لعدم فائدتك فى أخذ الأرض؛ لفوات الإبان، وقيل: لك القلع؛ لأن الأرض ملكك.

قال التلمسانى: قال ابن القاسم: إذا كان الزرع صغيرًا لا ينتفع به مقلوعًا: أخذ بلا ثمن، ولا زريعة كالنقش، والتزويق فى البناء. فإن فات الإبان: فثلاثة أقوال: ما تقدم فى التلقين، والثالث: يتعين أجرة المثل؛ لأنه لا ينتفع بالأرض إذا أخذها، ولا ضرر ولا ضرار.

قال مالك: فإن أسبل فلا يقلع؛ لأن قلعه من الفساد العام للناس.

فرع: فى النوادر: قال مالك، وجميع أصحابه: إذا غاب على الأمة الرائعة، ولا يعلم أوطئها أم لا؟ فذلك فوت، ويخير فى قيمتها، أو أخذها بقيمتها، ولو وجدتها فى يد المبتاع بحالها، أو أحسن: فلك أخذها، أو الثمن من الغاصب، أو قيمتها، وإن غاب عليها: فكما تقدم؛ لأن الغيبة تنقص الرغبة فيها، فهو نقص.

وقال مطرف، وعبد الملك: ليس له إلا الجارية؛ لضعف هذه التهمة.

قال ابن القاسم: والهرم فى الجارية عند الغاصب فوت، لك أخذها، ولك تضمين القيمة.

قال أشهب: كان الكبر والهرم يسيرًا، أو كثيرًا، وكذلك لو انكسرت ثدياها.

قال محمد: أما لو كبرت، وهرمت عند المشترى: فليس لك إلا الجارية من غير خيار، أو تأخذ الثمن، أو القيمة يوم الغصب، لتعديه.

فرع: قال: قال مالك: إذا جحدك شريكك الأمة حتى ولدت الأولاد، وباع منهم، وأعتق، ومات بعضهم، ثم ثبت الحق: فلك نصف قيمته اليوم، وإن كان معدمًا: تمسكت بنصيبك منه، ولك نصف الثمن المبيع إن شئت، وإن شئت الرأس، ولا شىء لك فيمن مات ممن أعتق، أو لم يعتق، ولم يبع.

وقال محمد: هو كالغاصب، إن تمسكت بالأمة: فلك حقك فى الولد، إلا من مات، ولك نصف ثمن المبيع.

* * *

الباب الثانى

فى الطوارئ على المغصوب
من نقصان، وزيادة، وتصرف، واستحقاق
فهذه أربعة فصول:

الفصل الأول: فى النقصان

وفى المقدمات: لا تفيته حوالة الأسواق، ويفيته النقصان، والعيوب وإن لم تكن مفسدة، كانت بأمر من السماء، أو بجناية من الغاصب [أو بجناية من غيره][(١)]؛ لأن حوالة الأسواق رغبات الناس وهى أمور خارجة عن المغصوب، فلم تنقص المغصوب.

ففى السماوى: ليس لك إلا أخذه ناقصًا، أو قيمته يوم الغصب؛ لأن التوزيع على الغاصب ضرر، والقيمة تقوم مقام العين إن لم يكن لك فى خصوصها غرض، قاله ابن القاسم.

ويتخرج على مذهب سحنون: أنك تأخذه مع الأرش يوم الغصب؛ لأن الجزء الفائت يضمن بالتعدى؛ كجملة العين والنقص بجناية الغاصب: لك فيه تضمينه القيمة يوم الغصب؛ لعدوانه، أو تسقط عنه حكم الغصب، ويلزمه مقتضى الجناية عند ابن القاسم.

وخيرك سحنون بين القيمة يوم الغصب، أو تأخذه، وما نقصته الجناية يوم الغصب؛ تغليبًا للتضمين بسبب الغصب لسبقه، فاندرج ما بعده فيه.

وخيرك أشهب فى القيمة يوم الغصب، وأخذه ناقصًا، وتسقط الجناية؛ كالسماوى.

والنقص بجناية غير الغاصب تخير فى تضمين الغاصب القيمة يوم الغصب، ويتبع الغاصب الجانى اعتبارًا ليد العدوان، أو تسقط الغصب، وتتبع الجانى بحكم الجناية؛ لأنه حقك لك إسقاطه، والجانى جنى على مالك، فلك طلبه.

---

(١) سقط فى ط.

وقيل: لك تضمين الغاصب فى الوجوه التى تفيت المغصوب القيمة، أى وقت شئت، فتلزمه أرفع القيم، قاله أشهب، وغيره؛ لأنه فى كل وقت متعد، فيضمن العين باعتبار ذلك الوقت، وهو مذهب (ش) وقد تقدم.

فرع: فى الجواهر: إذا جنى العبد المغصوب، فقُتِل قصاصا، ضمن الغاصب؛ لحصول الفوات تحت يده، وإن تعلق الأرش برقبته:

قال ابن القاسم: لك قيمته يوم الغصب؛ كدخول النقص فيه تحت اليد العادية، أو تترك له، أو تسلمه للمجنى عليه بحق الجناية، فإن أخذت القيمة من الغاصب، فللغاصب تسليمه للمجنى عليه بحق الجناية، أو يفديه، وإن أخذته[1] خيرت، بين إسلامه للمجنى عليه، أو فدائه؛ لأن العبد فدى ما جنى.

وقال أشهب: يسلم العبد إلى ربه؛ لأنه أحق بعين ماله، فيسلمه، أو يفتكه، ثم يرجع على الغاصب بالأقل من جنايته، أو قيمته؛ لحصول ذلك النقص تحت اليد العادية الموجبة للضمان.

وفى النوادر: لو أسلمه الغاصب قبل أن تستحقه، فلك تتميم إسلامه، وتأخذ قيمته يوم الغصب من الغاصب، وإن فديته رجعت على الغاصب بالأقل؛ لأنه الذى أتلفه عليك.

وإن كان الغاصب فداه أخذته بغير خيار، إن كانت الجناية خطأ أو عمدًا، وكان يفعل ذلك عندك، وإن لم يكن فعّالًا لذلك، وهى عمد، خيرت بين أخذه بغير شىء، أو تركه وتأخذ قيمته من الغاصب يوم الغصب.

وعن أشهب: إن كانت الجناية خطأ فإن فداه الغاصب، فله رده على سيده، بخلاف العمد لا يرده [عليك، وإن فداه إلا أن تشاء][2] أنت؛ لأنه عيب دخله إلا أن يكون عندك يفعل ذلك.

وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن جنايته إن كانت نقصًا، فكل نقص ليس لك أخذه مع أرش النقص، بل ناقصًا، أو القيمة يوم الغصب.

ولو قتل رجلا قبل الغصب، وآخر بعده:

---

(١) فى ط: أخذت.
(٢) فى ط: أن [. . .].

فروى أشهب: لك إسلامه إليهما، وترجع على الغاصب بنصف قيمته يوم الغصب، إلا أن يكون ذلك أكثر من دية جنايته على الثانى، ولك فداؤه بدية الجنايتين، وأخذت من الغاصب دية الآخر منهما، إلا أن تكون أكثر من نصف قيمة رقبتة يوم الغصب.

قال محمد: وليس بجيد، والصواب إذا أسلمته إليهما، لا ترجع على الغاصب بشىء؛ لأنه كان مرتهنًا بجرح[1] الأول، فعليه وقع تعدى الغاصب، فتلف عند الغاصب نصف العبد الذى صار مرتهنًا بجناية الثانى، وإنما يرجع بذلك المجروح الأول على الغاصب، والعبد بين أولياء القتيلين، ويرجع ورثة الأول على الغاصب بنصف قيمة العبد، إلا أن تكون دية القتيل الآخر أقل من نصف القيمة، فعلى الغاصب، فيصير لأولياء الأول نصف العبد مع نصف قيمة العبد؛ لأن الغاصب لم يتلف عنده إلا نصف العبد.

ولو قتل عندك قتيلا، ولم يقتل عند الغاصب حتى باعه، فقتل عند المشترى، ثم قام الأولياء والسيد، فإن ودى السيد لأولياء الأول دية وليهم، كان له نصف العبد، ويرجع على الغاصب - إن شاء - بنصف الثمن، أو بنصف [قيمة][2] العبد الذى صار مرتهنًا بيد أولياء الثانى، وإن شاء سيده تركه لا يفديه، ولا يكون له فيه حق، ويكون لأولياء الأول نصفه، ويأخذوا من الغاصب نصف قيمة العبد، أو نصف ثمنه، ويرجع المشترى على الغاصب بنصف الثمن الذى استحقه أولياء الأول.

فإن فداه السيد منهما جميعًا، فلا شىء على الغاصب، ولا على غيره، وإن أسلمه لأولياء القتيلين، لم يطلب الغاصب، ويكون[3] لأولياء الأول على الغاصب قيمة [ما صار لأولياء الآخر من العبد، وهو النصف؛ لأن ذلك الذى أتلفه الغاصب على الأول][4]، فيصير لهم نصف قيمة العبد، ونصف رقبته، ولورثة الآخر نصف العبد، ويرجع المشترى على الغاصب بنصف الثمن.

فرع: قال: إذا حفر فى الدار بئرًا، ردم ما حفر؛ توفية بما أخذ، وإن بناها، فعليه

(١) فى أ: يخرج.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: ولا.
(٤) سقط فى ط.

نقضها، إلا أن يشاء أعطاه قيمة نقضه مقلوعًا بعد طرح الأجر للنقض والتنظيف إذا كان لا يباشر ذلك بنفسه.

فرع: قال: إذا خصى العبد، ضمن ما نقصه، فإن لم ينقصه ذلك أو زادت قيمته، لم يضمن شيئًا؛ لبقاء المالية، وعوقب؛ لتفويت حق الله - تعالى - من العضو.

ولو هزلت الجارية ثم سمنت، أو نسى العبد الصنعة ثم تذكر، حصل الجبر؛ لبقاء المالية.

ولو غصب عصيرًا فصار خمرًا، ضمن مثل العصير؛ لذهاب المالية، ولو صار خلا، خيرت بين أخذه؛ لأنه عين ملكك أو مثله عصيرًا؛ لأنه مثلى تغير تحت اليد العادية.

وفى الكتاب: هرم الشابة فوت يوجب قيمتها؛ لأنه عيب مفسد حدث عنده.

قال ابن يونس: عن أشهب: لربها أخذها، ولا شىء له فى هرمها؛ كالذهاب بأمر سماوى فى بعض الأجزاء، كان الهرم يسيرًا أو كثيرًا، وكذلك علو السن - كان يسيرًا؛ كانكسار الثدى أو كثيرًا - لك تضمين قيمتها؛ لحصول التغيير.

فرع: قال ابن يونس: لو أخذت العبد، ولم تعلم بنقصه عنده، وتعيَّب عندك، فمات، أو وهبته، أو بعته، إن ضمنته قيمته يوم الغصب، فلا شىء لك؛ لحصول النقص فى ملكه بعد زمن التضمين، وإلا فلك الأقل من تمام القيمة؛ لفواته عنده، أو قيمة العيب، لحصوله عنده ولك فى الموت والهبة قيمة العيب لحصوله عنده، وإن كان باقيا، رددته، وقيمة العيب الحادث عندك؛ لتأخره عن دخوله فى ملكه بالضمان، فهو فائت عليه، فيضمن له كما يضمن لك، وتأخذ قيمته يوم الغصب، أو تحبسه وتأخذ قيمة العيب؛ لأنه عين ملكك.

وقال (ش): إذا اقتص[1] من العبد فى النفس أو الطرف، غرم الغاصب أقصى القيم فى النفس، والنقص فى الطرف، وإن جنى ما يتعلق بالمال، فتعلق برقبته، خلصه الغاصب؛ لأنه ضرر حصل تحت يده.

وإن جنى الغاصب عليه فى نفسه، فأعلى القيم، أو فى طرف، فقد اجتمع

(١) فى ط: اقتصر.

موجبان: اليد، والجناية، فيغرم أكثر الأمرين، وإن جنى أجنبى، خير المالك بينه، وبين الغاصب؛ لأنهما متعديان.

وقال (ح): إذا قتل العبد المغصوب عمدًا، فالقصاص، أو خطأ، فديته على عاقلته على أصله.

قال: ويضمن كل ما حدث عنده من عيب السرقة، أو الزنا، أو عَوَر، أو غيره، وإن كان ذلك من غير صنعه، وكذلك لو غصبها مريضة، فماتت من ذلك المرض، أو حبلى، ضمنها، ولو جنى العبد، رد إلى السيد؛ لأنه ماله، ففداه[1] أو أسلمه فى الجناية، ورجع على الغاصب بالأقل من قيمته، أو أرش الجناية، أو ما أدى عنه من المال؛ لأنه كله ضرر حصل تحت اليد العادية، ويضمن أرش الهرم فى العبد، والأمة.

ولو قتله قاتل، خيرت فى قيمته يوم الغصب من الغاصب، وقيمته يوم القتل على العاقلة، ويرجع الغاصب على العاقلة بالقيمة يوم القتل، فإن كانت أكثر، تصدق بالفضل؛ لأن الضمان سبب التمليك.

ويضمن الجارية بنقص ثديها، وما نسيته من الصنائع، وكذلك العبد.

وقال ابن حنبل: يضمن كل نقص فى العين، وإن كان من غير صنعه؛ لأن اليد العادية مضمنة، وإذا جنى على العبد فى يده أجنبى، تخيرت بينهما، وإن جنى العبد المغصوب، ضمن الغاصب جنايته، ولا يضمن نقص الهرم ونحوه.

* * *

(١) فى ط: فقده.

الفصل الثانى

فى الزيادة

وفى الكتاب: إذا كبرت الصغيرة فأنهدت فعلت قيمتها، ثم ماتت - فإنما عليه قيمة يوم الغصب؛ لأنه يوم تحقق السبب، وهو الأخذ؛ وكما لو نقصت لانتقص القيمة.

قال ابن يونس: كما لو جرح عبدا قيمته مائة، فيموت وقيمته ألف - يضمن مائة.

والأمة تطلق، أو يموت زوجها، ثم تعتق، لا تنتقل لعدة الوفاة، والسرقة تعتبر قيمتها يوم السرقة، لا يوم القطع.

فرع: فى الكتاب: لا يضمن ما مات عنده من الولد، إلا أن يقتله؛ لأنه أمانة شرعية؛ كالثوب تلقيه الريح فى داره.

قال ابن يونس: قيل: إذا اشتراها صغيرة، فكبرت، لم يضمن؛ لأنها خير مما غصبت، فإن نقصت بكبر ثديها، أو شبهه، ضمن.

قال بعض الفقهاء: انظر كيف لم يجبر النقص بالنماء؛ لأنه لما كان له أخذها بنمائها بغير غرم، فكأنه غصبها، كذلك فيضمن نقصها.

وعلى هذا: كان يجب عليه قيمتها يوم القتل، وهو مذهب (ش) ؛ لأنه يراه غاصبًا فى كل وقت.

فرع: فى الكتاب: إذا صبغه، خيرت فى القيمة يوم الغصب؛ لتغير المغصوب، أو إعطاء قيمة الصبغ وأخذ الثوب؛ لأنه مالك، والصبغ ماله، فينتفى الضرر، ولا يشتركان؛ نفيًا لضرر الشركة.

ولو طحن الحنطة، ضمن مثلها؛ لتغيرها.

وفى التنبيهات: عن مالك لا يخير فى الصبغ، بل قيمة الثوب.

ويلزم على قوله بالتخيير: أن يخير فى الحنطة يطحنها، وفى السويق يلتّه، وفى الخشبة يعملها مصراعين، وفى الفضة يصوغها، مع أنه إنما أفتى بالمثل فقط، وقاله ابن لبابة.

وابن القاسم يقول: لو أجزت له أخذ ذلك، ودفع ثمن العمل، كان من التفاضل فى الطعام والفضة، وهو لا يلزم؛ لأن الطعام طعامه، والفضة فضته.

وقال أشهب: يأخذ شيئه، ولا غرم عليه فى العمل من طحين وصبغ.

ويتأكد المشهور بأنه عين ماله، فله أخذه.

ولأنه لو لم يأخذه لوصل أرباب الأغراض الفاسدة لأموال الناس بتغييرها، ويعطون القيمة بغير اختيار أربابها.

قال (ح): لو طحن الحنطة ملكها، وضمن مثلها، وكذلك الغزل ينسج، والدقيق يخبز، والقطن يغزل.

قال: والضابط: متى زال الاسم وعامة المنافع بزيادة من جهته، ملك العين؛ لأن رسول الله - ﷺ - أضافه قومٌ من الأنصار، فقدّموا له[1] شاةً مصلية، فأخذ منها لقيمة فمضغها، فلم يسغها[2] فقال: «أَمَا إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِى أَنَّهَا ذُبِحَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ»[3]، فقال الرجل: هذه شاة أخى ولو كان أعظم منها لم ينفس علىّ، وسأرضيه بخير منها، فأمر النبى - ﷺ - أن يُتَصَدق بها على الأسرى.

ولولا زوال الملك عنها لأمر ببيعها وحفظ ثمنها، وهو خبر صحيح.

قال: ولك أخذ المغسول والمقصور بغير شىء؛ لأنه لم يبق فى المقصور عين للغاصب، ولو بيض الدار، أعطيت قيمة الجير أو ما زاد التجصيص إلا أن يرضى بأخذ جصه.

قال: وإذا صبغه، وزاده الصبغ، خيرت فى قيمة الثوب؛ للتغير، وأخذه؛ لأنه عين مالك، ودفع قيمة ما زاد؛ حفظًا لمال الغاصب عليه، وبين تركه على حاله ويكون الصبغ للغاصب، فإذا بيع قسم الثمن، وإن نقصه الصبغ، خيرت بين القيمة؛ للنقص، أو أخذه بغير شىء؛ لأنه عين مالك ولا مالية فيه للغاصب.

وقال (ش): إن عسر انفكاك الصبغ فأنتما شريكان؛ لأن الصبغ عين، وهذا إذا كان الثوب يساوى عشرة، وبعد الصبغ يساوى عشرين، فإن لم يساو إلا عشرة، سقط الصبغ، وأخذت الثوب بغير شىء، أو أقل من عشرة، أخذته مع الأرش.

وإن كان ممكن الانفصال فله أخذه ويجبره المالك على ذلك، وإن نقص الثوب فالأرش.

---

(١) فى ط: إليه.

(٢) فى أ: يشقها.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٣٣٢) عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار.

وقال ابن حنبل: إن كان يساوى عشرة وبعد الصبغ عشرين، فأنتما شريكان، أو ثلاثين - لزيادة سعر الثوب - فالزيادة لك، أو لزيادة الصبغ فالزيادة له، أو لزيادتهما فهى بينهما.

تمهيد:

قال التونسى: عن أشهب: يأخذه مصبوغًا ولا شىء عليه؛ كالبياض، والتزويق، وما لا قيمة له بعد القلع.

وضابط مذهب ابن القاسم: أن ما يوجد له أمثال، إذا أحدث فيه حدثًا: فإن غرم مثله أعدل، ولا يظلم أحدهما لمقاربة[1] المثل للعين؛ كما يقضى بالمثل فى البيوع الفاسدة، فلذلك جعل فى القمح والسويق مثلها، ولا يأخذ القيمى إلا بعد دفع ما أخرجه الغاصب من ماله؛ لأن الصبغ ونحوه غرض آخر فلا يظلم، وإن كان ما أخرجه الغاصب لا عين له كالخياطة ونحوها، أخذه بغير غرم؛ كالبياض، والتزويق، وإن كان الغاصب قد غير تغييرًا بعيدًا حتى زال الاسم بمؤنة كثيرة؛ كجعل الخشبة أبوابًا - فهو فوت، وتتعين القيمة، ولا شىء لك فيها، ونسج الغزل يجعله كالخشبة تعمل تابوتًا، ويشبه أن يكون كخياطة الثوب؛ لأنه لا قيمة له إذا أزيل.

قال ابن يونس: قال أشهب: لك أخذ الدقيق، ولا شىء عليك فى الطحن.

وعن ابن القاسم: لو [طحنها فلته فليس لك أخذ][2] السويق، ويباع فيشترى لك من ثمنه مثل حنطتك، ويجوز لك أخذ السويق ملتوتًا فى الحنطة إذا رضيتما؛ لجواز بيع الحنطة بالسويق متفاضلا، ولو غصب سويقًا فلته امتنع التراضى؛ لدخول التفاضل بين الطعامين.

وعن أشهب: إذا طحن الحنطة، ولتها سويقًا، ليس لك أخذها؛ لزوال الاسم بسبب البعد.

قال اللخمى: وأرى التخيير بين تضمين القيمة يوم الصبغ، أو يوم الغصب إن كانت القيمة يوم الصبغ أكثر، وهو أحد قولى ابن القاسم.

---

(١) فى ط: بمقاربة.
(٢) فى ط: طحنها سويقًا فلته فلك أخذ.

وعن ابن القاسم: ليس للغاصب إلا قيمة ما زاد الصبغ.

وفى المدونة: قيمة الصبغ نفسه، فإن نقصه الصبغ غرم ما نقص.

وقال ابن مسلمة: إن نقصه الصبغ، غرم النقص، وإن زاد، لم يكن له فيه شىء، إلا أن يكون إذا غسل خرج منه شىء له قيمة، فيخير صاحبه بين إعطاء الثوب بغسله، أو قيمة ما يخرج منه.

وعلى قول عبد الملك: لك أخذه بغير شىء إذا كانت النفقة فى الصبغ يسيرة، وإلا أعطاه قيمة ذلك، أو ضمنه، أو يكونان شريكين.

وقول أشهب، وابن مسلمة أصوب؛ لاتفاقهم فى الجص، والتزويق أن لا شىء له، وإن زاد فى قيمة الدار كثيرًا فكذلك الصبغ.

وإن صبغه المشترى من الغاصب، خيرت بين تغريم الغاصب القيمة يوم الغصب، أو يوم البيع، أو تجيز[1] البيع وتأخذ[2] الثمن؛ لأنه غاصب، وبائع فضولى، أو يكون مقالك مع المشترى، فإن شئت أخذته ودفعت قيمة الصبغ، أو تبقى معه شريكًا، وعلى القول الآخر: ما زاد الصبغ.

قال: وهو أحسن وبه يشارك، فإن نقصه الصبغ، فاختلف: هل يضمنه قيمة الثوب إذا نقله عن الغرض المراد منه؟

وقد اختلف فى مشترى العبد يقتله خطأ؛ لأنه كالصبغ، والقتل لم يصن ماله بخلاف اللباس والأكل، والتضمين فى كلا الوجهين أحسن.

اختلف فى المثلى الربوى؛ كالذهب، والقمح، وغير الربوى؛ كالحديد فى أربعة مواضع:

هل تغيير[3] الغاصب له بصبغه فوت يمنع أخذه؟ وإذا قلنا: يأخذه، هل يغرم للصنعة شيئًا؟ وإذا غرم، فهل قيمة الصنعة أو ما زادت؟ وإذا لم يرض أن يغرم الصنعة ولا يضمن، هل يكونان شريكين؟

وفى الموازية: إذا غصب قمحًا، فباعه، فطحنه المشترى - لصاحبه أخذه،

(١) فى ط: يجيز، وفى أ: يخير.
(٢) فى ط: أو يأخذ.
(٣) فى أ، وط: تغير.

[وغرم طحنه][1]، وتركه وأخذ مثله من الغاصب، أو ثمنه؛ تنفيذًا للبيع.

قال محمد: الصواب أن لا شيء له إلا الثمن من الغاصب، أو المثل، فإن كان الغاصب عديمًا ورجع على المشترى؛ لأن غريم الغريم غريم، خير المشترى بين إعطائك المثل، أو يسلمه دقيقًا؛ لأنه طحن بشبهة، بخلاف الغاصب، ولا يأخذ الدقيق من المشترى إلا بدفع الأجرة، بخلاف الغاصب.

فرع: قال اللخمى فى الموازية: إذا غصب حليا فكسره، ثم أعاده على حاله، لك أخذه [يعنى: بلا][2] غرم؛ لأنه أسقط عن نفسه الضمان بما أعاده، وإن أعاده على غير صناعته، تعينت القيمة يوم الغصب؛ نفيا للربا.

وقال محمد: وهذا قولهما، ثم قال: لا أرى له إلا قيمته، وإن أعاده بحاله؛ لأن الغاصب ضمن قيمته بالتصرف، ولو كان متعديًا غير غاصب لكان له أخذه إذا صاغه على حاله بلا غرم، ولو كسره المشترى من الغاصب، وأعاده إلى حاله، لم يأخذه إلا بدفع أجرة الصياغة؛ لأنه غير متعد؛ لمفهوم قوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[3] مفهومه: أن لعرق غير الظالم حق.

قال اللخمى: قوله: «لا يعطى للغاصب قيمة الصياغة»: غير بين؛ لأن الصياغة مما يقضى فيها بالمثلى على أحد القولين، وقد قال ابن القاسم فى الغاصب يكسر السوارين: عليه قيمة الصياغة.

وقال فى الخشبة يعملها مصراعين: عليه القيمة، ولا يذهب عمله مجانًا، فمنع من أخذها، لئلا يذهب عمله، فإن رضيت بدفع الأجرة فلك أخذها.

وقال عبد الملك: إن كان لعمله بال، وزاد فى ثمنها، خيرت بين إعطائه قيمة عمله وتأخذها، أو تسلمها وتأخذ قيمتها يوم الغصب، أو تكونان شريكين.

قال: وكذلك من غصب ذهبًا فضربه دنانير، إذا كان لصنعته بال، وإلا فلك أخذ مالك، ولا شيء عليه.

قال: وهذا أعدل الأقوال.

فرع: فى الكتاب: إذا غرس أو بنى، أمر بقلعه، ذلك إن كان له قيمة الآن؛ نفيًا

---

(١) فى ط: ولا غرم عليه للطحن.
(٢) فى ط: بغير، وفى أ: يعنى.
(٣) تقدم.

لعرق الظالم، إلا أن تريد إعطاءه القيمة مقلوعًا، فذلك لك؛ لأن القلع مستحق.

فإذا أخذت بالقيمة تصونت المالية فى التنفيذ عن الضياع، وكل ما لا منفعة له فيه بعد القلع؛ كالجص، والنقش، لا شىء له فيه؛ لأن القلع مستحق، ولا مالية بعده، فليس للغاصب غرض صحيح فى قلعه، بل فساد محض، فلا يمكن منه.

وقال (ش)، وابن حنبل: لا يجبر الغاصب على أخذ قيمة الغرس؛ لأنها أعيان ملك له، فلا يجبر على إخراج ملكه بغير اختياره، وجوابه ما تقدم.

وقال ابن حنبل: لا يجبر على قلع الزرع من الأرض، بل يخير بين تركه حتى يحصد أو يعطيه نفقته ويأخذ الزرع، بخلاف الغرس؛ لما فى أبى داود: قال رسول الله - ﷺ - «مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، فَلَيْسَ لَهُ فِى الزَّرْعِ شَىء وَلَهُ[(١)] نَفَقَتُهُ»[(٢)].

وفى الكتاب: ما حفر من بئر أو مطمورة كالبناء؛ لأنه مستحق الإزالة.

وفى التنبيهات: فى بعض الأمهات: ليس له تراب [ردم به حفرة][(٣)] فيحتمل أن التراب من تراب الأرض، فلا حق له فيه، وإن كان لك بالحفرة منفعة، فلك إلزامه طرحه، كان التراب لك أو له، ولك إلزامه برده إلى موضعه؛ نفيًا لضرر العدوان.

قال ابن يونس: له القيمة بعد طرح أجرة النقل.

وقال (ح): ليس لك إلا القيمة.

لنا: أن الأرض ملكك، والأصل: بقاء ملكك عليها: وقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[(٤)].

---

(١) فى ط: عليه.

(٢) من حديث رافع بن خديج أخرجه أبو داود (٣/ ٢٦١ - ٢٦٢) فى البيوع: باب فى زرع الأرض بغير إذن صاحبها (٣٤٠٣)، والترمذى (٣/ ٦٤٨) فى الأحكام: باب ما جاء فيمن زرع فى أرض قوم بغير إذنهم (١٣٦٦). وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٤) فى الرهون: باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم (٢٤٦٦)، وأحمد فى المسند (٤/ ١٤١)، والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ١١٧-١١٨)، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٣٦)، وقال الترمذى فى المصدر السابق: حسن غريب، وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فقال: هو حديث حسن، وقال: لا أعرفه من حديث أبى إسحاق إلا من رواية شريك. وقال الصنعانى: وله شواهد تقويه.

(٣) فى أ: ردر به وحقره.

(٤) تقدم.

وقوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَق»[1]، وبالقياس على ما قبل البناء.

وفى الموازية: إن هدمها، خيرت بين قيمة الدار يوم الغصب، أو العرصة والنقض، ولا تتبعه بشيء؛ لتمكنك من أخذ القيمة يوم الغصب، ولو هدمها، ثم بناها بنقضها كما كانت بنفسه، فللغاصب قيمة هذا النقض المبنى منقوضًا اليوم، وعليه قيمة ذلك منقوضًا، فيتقاصان. وهو مذهب مالك، وأشهب.

قال: وهو أحب إلى؛ لأنه يضمن النقص لما هدم، والضمان لا يوجب الملك فعليه قيمته أولا، وله قيمته آخرًا؛ لانتقاله لملكه.

وقال ابن القاسم: يحسب على الهادم قيمة ما هدم قائمًا، وتحسب له قيمة ما بنى منقوضًا؛ لأنه أفسد التنضيد على المالك.

ولك قلع الزرع فى إبان الحرث، [بل][2] قلعه المتعدى، وفى غير الإبان لك الكراء فقط؛ لعدم الفائدة فى القلع، فلا يمكن منه، كما لا يمكن الغاصب من قلع التزويق، وما لا ينتفع به بعد القلع.

قال ابن القاسم: فإن كان الزرع صغيرًا لا ينتفع به الغاصب، فهو لك بغير شيء؛ كتبييض الدار، ولا بذر عليك، وليس لك إجباره فى الإبان على بقاء الزرع الصغير بالكراء؛ لأنه يقضى به لك، فكأنه بيع زرع لم يبد صلاحه مع كراء الأرض، قاله محمد.

وعن ابن القاسم: إذا كان فى الإبان، وهو إذا قلع انتفع به، أخذ الكراء منه، ويأمره بقلعه، إلا أن يتراضيا على أمر جائز، فإن رضى بتركه، جاز إذا رضيت، وإذا لم يكن فى قلعه نفع، ترك لرب الأرض، إلا أن يأباه فيأمره بقلعه.

فإذا فات الإبان، ولا تنتفع بأرضك إذا قلع:

فقيل: لك قلعه؛ لقوله - عليه السلام -: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[3] فعم.

وقيل: ليس لك إلا الكراء؛ لأن القلع ضرر محض.

وعن مالك: إذا أسبل، لا يقلع؛ لأنه من الفساد العام للناس؛ كما يمنع من ذبح ما فيه قوة الحمل من الإبل، وذوات الدر من الغنم، وما فيه الحرث من البقر،

---

(١) تقدم.

(٢) سقط فى أ.

(٣) تقدم.

وتلقى الركبان، واحتكار الطعام.

وإن امتنعت من دفع قيمة بناء البئر، أو المطامير، قيل للمبتاع: ادفع قيمة الأرض، وخذها، واتبع من اشتريت منه بالثمن، فإن أبى كنتما شريكين بقيمة العرصة، وقيمة البناء.

قال ابن أبي زيد: [معنى قول][١] مالك: إذا كان المبتاع قد طوى البئر بالآجر، وأما مجرد الحفر فلا شيء له فيه.

قال ابن يونس: وما ذكره إنما يكون في الغاصب، وأما المبتاع فله قيمة الحفر؛ لأنه غير متعدٍ.

قال اللخمي: إذا هدم الدار، خيرت بين مؤاخذته بالغصب فتغرمه قيمتها قائمة يوم الغصب، أو تؤاخذه بالعداء، فتغرمه قيمتها قائمة يوم الهدم؛ لأن اليد العادية، والتعدي سببان[٢] أنت مخير فيهما، أو تأخذ العرصة، وتغرمه ما نقص الهدم على أن الأنقاض للغاصب، أو تأخذ العرصة والأنقاض، وتغرمه ما نقص الهدم لصاحبها، يقال: ما قيمتها قائمة، ومهدومة على هيئتها؟ فيغرم ما بينهما.

ثم يختلف متى تكون قيمة النقض؟

فعند ابن القاسم: يوم الهدم؛ لأن الإتلاف أقوى في التضمين من يد العدوان؛ لأن الإتلاف يتعقبه الضمان، واليد لا [تضمن حتى تتلف][٣] العين أو تتغير وما يعقبه مسببه أقوى.

وقال سحنون: يوم الغصب؛ لأن السابق يندرج فيه ما بعده؛ كالحيض بعد الجنابة، والسراية للنقص بعد الجناية على الطرف.

قال اللخمي: وأرى: أن عليه الأكثر من قيمة الوقتين.

قال ابن القاسم: وإذا هدمها المشتري، لا شيء عليه إذا أراد أن يتوسع.

وقال محمد: لا شيء عليه في الهدم، بخلاف الثوب يشتريه ويقطعه؛ لأن هدم الدار ليس بمتلف؛ للقدرة على الرد بخلاف الثوب، وكذلك الحلي يشتريه،

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: سيان.
(٣) في ط: يضمن حتى يتلف.

ويكسره، لا شيء فى الكسر.

قال اللخمى: وليس هذا الفرق بالبين؛ لأن الإعادة تتوقف على مال كثير، بل مضرة هدم الدلو أعظم من مضرة القطع للثوب بكثير.

فإن بناها الغاصب بنقضها، خيرت فى قيمتها يوم الغصب، أو يوم الهدم، أو تأخذها أو تغرمه قيمة ما هدم قائمًا يوم هدم، على أن النقض يبقى له، وتعطيه قيمة اليوم مهدومًا، أو تغرمه قيمة التلفيق[1] وحده، ويبقى النقض لك.

ومن غصب نخلة قائمة، فقلعها، فقيمتها قائمة تقوم بأرضها يوم تقوم الأرض، ويسقط عن الغاصب ما ينوب الأرض؛ لأن أرضها بقيت[2] لصاحبها، وكذلك الودى إذا أتلفه، ولم يغرسه. ولو قيل: يغرم قيمته للغراسة، لصح.

فإن باعه فغرسه المشترى، واستحق بفور ذلك، فللمستحق أخذه، وعليه قيمة خدمته، [و][3] إن كانت بقعته ونقلته وكبر وكان إن قلع نبت، كان لمستحقه أخذه، وعليه[4] قول ابن مسلمة.

[وقيل][5]: ذلك فوت، ولك قيمته يوم غرسه.

وإن كان إن قلع لم ينبت، لم تأخذه.

ويختلف متى تكون فيه القيمة؟ يوم غرسه، أو اليوم؟ كما تقدم فى النقض إذا بنى بها.

ومن حفر أرضًا، عليه ما نقصها الحفر، إلا أن يعيدها لهيئتها، وإن كانت محفورة فردمها[6]، فعليه إزالة ذلك الردم منها.

فرع: فى الكتاب:

إذا اشتريتها فحفرت بها بئرًا فاستحق نصف الأرض، وأراد الأخذ بالشفعة، دفع لك نصف قيمة العمارة، وأخذ نصف الأرض بالاستحقاق، ولا شفعة له فى النصف

---

(١) فى أ: التلقين.
(٢) فى أ: بقية.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: وعلى.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: فهدمها.

الآخر حتى يدفع نصف قيمة العمارة، فإن أبى من دفع ذلك فيما استحق واستشفع، دفعت له قيمة نصف الأرض المستحق، ورجعت على البائع بنصف الثمن، فإن أبيتما، فشريكان فى المستحق بقدر المستحق، وقدر العمارة، ويكون للمبتاع النصف، ونصف ما أحدث.

فإن استحق جملتها، دفع قيمة العمارة وأخذها، فإن أبى، أعطيته قيمة الأرض، فإن أبيت، كنتما شريكين فى الأرض والعمارة، هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة عمارته.

وقال ابن يونس: أخذ مالك بقضاء عمر بن الخطاب، رضى الله عنه.

وقد أقطع الصديق أرضًا لرجل فأحياها، فجاء آخرون بقطيعة[1] من النبى ﷺ، فاختصموا لعمر - رضى الله عنه - فقضى للأول بقيمة ما أحيا، فقال: لا آخذ، فقال للآخر أعطه قيمة أرضه بيضاء فلم يجد فقضى بالشركة؛ كما تقدم.

وروى عن مالك: إذا أبى أن يدفع قيمة العمارة، لم يجبر العامر أن يعطى قيمة الأرض، بل يشتركان حينئذ، هذا بقيمة أرضه براحا، وهذا بقيمة عمارته قائمة، بأن تقوم الأرض براحا، ثم تقوم بعمارتها، فما زادت العمارة على قيمتها براحا شارك به العامر رب الأرض، إن أحيا قسما أو حبسا، قاله عبد الملك.

فقيل: هو وفاق لقول مالك، وظاهر الكتاب خلافه؛ بل تقوم العمارة على حدة، والأرض براحا، وهذا هو الصواب، فقد لا تزيد العمارة فى مثل هذه الأرض؛ لكونها براحا أثمن[2] للبقول ونحوه.

قال أبو بكر بن الجهم: وإذا دفع رب الأرض قيمة العمارة، وأخذ أرضه، فله كراء ما مضى من السنين.

وفى الموازية: إذا امتنع مستحق نصف الأرض من قيمة نصف البناء، وأبى البانى من قيمة نصف الأرض[3] شرك بينهما: للمستحق ربع الدار؛ لأنه باع نصف ما استحق - وهو الربع - بربع البناء، وله الشفعة فى النصف الآخر.

وعلى القول أنه إذا باع ما به يستشفع سقطت شفعته - يسقط من شفعته قدر

---

(١) فى ط: بقضية.

(٢) فى ط: أنفق.

(٣) زاد فى ط: واستواء القيمات.

النصف، واستشفع فى نصف النصف، وتصير الدار بينهما نصفين.

نظائر:

قال العبدى: المسائل التى تؤخذ قيمة البناء مقلوعًا ستة:

فى الغصب، والعارية، والكراء، أو بنى فى أرض امرأته، أو شركاء، أو ورثة.

ففى هذه كلها يؤخذ البناء بقيمته مقلوعًا - بنى بأمرك، أو بغير أمرك - عند ابن القاسم.

وعند المدنيين: إن بنى بأمرك، فقيمته قائمًا، وإلا فمقلوعًا.

فرع: فى الجواهر: لو غصب طينًا، فضربه لبنا لك مثل الطين؛ لانتقاله بالصنعة.

فرع: قال: إن ذبح الشاة، وشواها، فلك قيمتها، وكذلك لو لم يشوها.

وقال ابن مسلمة: إذا لم يشوها، فلك أخذها مذبوحة، وما نقصها الذبح.

قال التلمسانى:

وقيل: يأخذ المذبوحة بغير شىء، قاله مالك؛ لأنه لزمته القيمة، فلا يأخذ غيرها، ولا يأخذ بعضها، وبقيتها سلعة إلا باتفاقهما على أمر جائز، ويمتنع تراضيهما بأخذها لوجوب القيمة فى الذمة؛ لأنه معاوضة عن القيمة بلحم شاة ودراهم، فهى مسألة مد عجوة، ودرهم.

وهذا موضع اضطربت فيه الآراء، واختلفت فيه المذاهب، وصعبت المدارك، وكثر التشنيع، حتى قال بعض الشافعية: إذا طحن القمح وعملها خبزًا، فجاء ربها يأخذ - وهو ملك الغاصب على زعمكم - فللغاصب مقاتلة رب الحنطة، فإن قتل رب الحنطة، فشر قتيل؛ لأنه صار محاربًا عندكم، وإن قتل الغاصب، فشهيد؛ لأنه قتل دون ماله.

وهذا عكس للحقائق، وقلب للطرائق، ولذلك قلنا فى الحنطة تزرع، أو تطحن، أو البيض يحضن، والمعادن تعمل آنية، أو تصاغ حليًا، أو دراهم، أو الساجة تشق، وتعمل أبوابًا، أو التراب يعمله طينًا - يتملكه الغاصب، شرط تغير اسمه، وإبطال معظم منفعته، ثم لا يتصرف الغاصب فى شىء من ذلك حتى يؤدى إلى المالك قيمته، وهذا حكم السرقة، ووافقنا (ح).

وخالفنا (ش)، وابن حنبل فى ذلك كله، وقالا: يرد ذلك وما نقص.

وهذا هو المنقول عن (ح)، غير أنى رأيتهم فى كتبهم يستثنون من هذا الأصل

ذبح الشاة، ويوافقوننا فى غيره، ويقولون فيه يأخذ الشاة إذا ذبحت بغير شىء، أو قيمتها يوم الغصب مع الأرش.

وفى الجواهر: قال عبد الملك: له أخذ الفضة المصاغة، والثوب المصبوغ، والمخيط كما قاله (ش).

لنا: أن النبى - ﷺ - أضافه قوم من الأنصار فى بيوتهم، فقدموا له شاة مصلية، فتناول منها لقمة فجعل يمضغها ولا يسيغها، فقال - عليه السلام -: «إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِى أَنَّهَا أُخِذَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ هِىَ لِجَارٍ لَنَا وَنَحْنُ نُرْضِيهِ مِنْ ثَمَنِهَا، فَقَالَ النَّبِى ﷺ أَطْعِمُوهَا الأُسَارِى»[1] ولولا أن الملك حصل لهم لأمر بردها إلى مالكها.

قال ابن المدينى: هذا الحديث مرسل، وراويه عاصم بن كليب، وهو ضعيف فيما ينفرد به.

وقد أوردوا عليه: أنه يحتمل أنه - عليه السلام - فعل ذلك؛ نظرًا للمالك لئلا تفسد الشاة عليه، فرأى أن يسد بها خلة الأسارى ويعوضه من بيت المال، ولو ملكها الذابح لما انتزعها عليه السلام منه للأسارى.

والجواب: أنا لا نسلم أن مالكها كان غائبًا حتى ينظر الإمام فى ماله، والأصل: عدم الغيبة، بل أمر النبى - ﷺ - لهم بالإطعام دليل ملكهم، وإلا كان - عليه السلام - يطعمها من قبل نفسه.

وأمره لهم مع أنهم مالكون:

إما لأنهم لم يدفعوا الثمن بعد، كما قال (ح).

أو كانوا فقراء لا يملكون، كما قال المالكية.

أو على وجه الكراهة؛ لأنه لاخلاف أن أكلها مكروه للخلاف فى انتقال الملك.

ويؤكد قولنا: أن الغاصب عندهم يضمن ما نقص، ورسول الله ﷺ لم يتعرض لتقويمها ليعلم ما نقصت، فدل ذلك على أن الصدقة بها كانت لما ذكرناه.

وبالقياس على استيلاد الأب لجارية ابنه، وأحد الشريكين الجارية المشتركة بجامع إذهاب جل المنافع.

---

(١) تقدم

ولأن الخشبة إذا عملت أبوابًا ذهب جل مقصودها، وزالت تلك المالية، وحدثت مالية أخرى؛ كما أن مالية الفحم تجددت، وعدمت مالية الخشبة، وهذه المالية الحادثة منسوبة لفعل الغاصب، فينسب الملك له؛ إحالة للحكم على سببه؛ كالاصطياد بكلب الغير، والاحتطاب بفأسه، وكالموت بعد الجراحة يحال على الجراحة.

واتفقنا: أنه لو علف دوابه الطعام، فسمنت، انتقل الملك فى الطعام، وكذلك[1] ههنا.

ثم إنا نفرض الكلام فى تحضين البيض، وصار دجاجًا، والحنطة قصيلا، والنواة نخلة: فقد استهلكت الأعيان الأولى، وحدثت أعيان وصور أخرى، وأحكام: أما الأول: فبالحس[2].

وأما الأحكام: فلو حلف ألا يأكل من[3] هذه الأعيان، لم يحنث بهذه المتجددات.

ولأن مذهبهم[4] يؤدى إلى أن يغصب جمادا، فيؤدى حيوانًا، وليس عين المغصوب، ولا مثله، ولا قيمته، ولأنه لو استقرض حنطة لم يرد دقيقها، والكل باب ضمان، فلو صح فى أحدهما صح فى الآخر، وإذا ظهر الدليل فى هذه الصور ظهر فى بقية صور النزاع؛ لأنه لا قائل بالفرق.

ولأنه قبض وقع فى الحنطة فلا يطلب برد الدقيق؛ كما لو غصبها، وأتلفها، أو اشتراها، فطحنها، ثم وجد بها عيبًا، فلا يفسخ العقد، ويرد الدقيق.

احتجوا بقول النبى - ﷺ -: «لَيْسَ لعرقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[5].

ولأن ملك المالك معلل بالمالية لا بالحنطة، والطحن لم يذهب المالية.

ولأنه فعل لو فعله فى ملكه لم يزل ملكه عنه به، فإذا فعله الغير لم يزل ملكه، وكما لو فعله بإذن المالك، بل أولى؛ لأن العدوان يناسب عدم انتقال الملك إليه،

---

(١) فى أ: ولذلك.
(٢) فى أ: فبالجنس.
(٣) فى أ: [. . .] أو
(٤) فى ط: مذهبكم.
(٥) تقدم.

والإذن مناسب له أكثر، فإذا لم ينتقل بالمناسب لا ينتقل بغير المناسب؛ لأن الملك نعمة، والمعصية لا تناسب النعمة، ولأن ذبح الغاصب عدوان، فانضاف عدوان إلى عدوان فتعذرت[1] المناسبة جدًا.

ولأن الغاصب لو كان يملك بهذه الأفعال لملك البائع بها المشترى إذا فعلها قبل القبض، بل أولى؛ لأن ملك المشترى غير مستقر قبل القبض، بخلاف ملك المغصوب منه.

ولأن ذهاب جل المنافع لو كان يزيل الملك بفعل الغاصب لأزاله بغير فعله؛ كذهاب الروح فإنه يزيل الملك، حصل بفعله أم لا.

ولأنه لم يحصل إلا تفريق الأجزاء، فلا ينقل الملك؛ كما لو غصبها مقلية فطحنها، أو كما لو غصب رغيفًا، وفتته لبابا.

ولأنه لو ملك العين لملك جميع جهات التصرف؛ عملا بالملك السالم عن معارضة الحجر، وقد منعتم التصرف حتى يعطى القيمة.

والجواب عن الأول: أن المراد به إذا بقى اسم المغصوب ومعناه؛ بدليل مسألة العلف واستيلاد جارية الابن.

وعن الثانى: أنه معلل بالحنطة، ومالية الحنطية؛ بدليل: أن من أتلف حنطة وجب عليه رد الاسم والمعنى، ولو كان معللا بمطلق المالية كيف كانت؟

سلمنا: أنه معلل بالمالية، فلم قلتم: إنه إذا فوتها بالطحن والخبز، يجبر مالية الحنطة بمالية الخبز؟ ثم ينتقض بمن غصب عسلا، وسمنا، وأذابه، أو خلط الزيت بأجود منه، أو أردأ.

وعن الثالث: النقض باستيلاد الأب جارية ابنه، وبالعلف، وخلط الزيت، ولأنه إذا فعل ذلك فى ملكه لم يمكن أن يزول الملك؛ لأنه لو زال لزال إليه؛ لأنه مصدر السبب، ولو زال إليه؛ لزم تحصيل الحاصل؛ لأنه ملك قبل ذلك، وههنا ينتقل الملك إلى [غير مالك][2] فلا يلزم تحصيل الحاصل، فافترقا.

عن الرابع: وهو قولكم: المعصية لا تناسب نعمة الملك، فينتقض باستيلاد

(١) فى أ: فتعدت.
(٢) فى ط: غير هالك.

الأب، وفيه ضم عدوان إلى عدوان؛ فإن الأب غاصب ووطؤه حرام، ومع ذلك ملك أمة ابنه بذلك.

عن الخامس: أن البائع إذا قصد الغصب منعنا عدم انتقال الملك، ثم ينتقض بالنقوض المتقدمة.

عن السادس: أن فعل الإنسان يناسب أن يتجدد له به ملكه، أما غير فعله فلا يدخل إلا قهرًا؛ كالميراث.

عن السابع: منع الحكم، بل ينتقل الملك فى الحنطة، وأما فت الخبز؛ لأنه لم يذهب الاسم ومعظم المنافع.

عن الثامن: أنه مثل مسألة الرهن، إن أيسر الراهن بالدين انفك، وإلا فلا، فكما أن الرهن ملك مع المنع، فكذلك ههنا، ولذلك يرد عتق المدين مع ثبوت الملك.

تمهيد:

قال صاحب المقدمات: زيادة المغصوب إن كانت من فعل الله - تعالى - كالصغير يكبر، والهزيل يسمن، أو العيب يذهب - فليس بفوت؛ لأنه عين ماله، ولم يتجدد للغاصب فيه سبب يوجب التضمين، ولا التمليك، أو أحدثها الغاصب، فإنها تنقسم فى مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك قسمين:

ما أحدث فيه الغاصب من ماله عينًا[1] قائمة؛ كالصبغ والنقش[2] فى البنيان، أو مجرد العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة.

والذى له عين قائمة قسمان: ما تمكن إعادته على حاله؛ كالبقعة يبنيها، وما لا يمكن؛ كالثوب يصبغه، والجلد يدبغه، والسويق يلته، فيخير فى القسم الأول بين إلزامه بإعادة البقعة على حالها وإزالة ملكه، وبين إعطائه قيمة ما له فيها مقلوعًا بعد أجر القلع إذا كان لا يتولى ذلك بنفسه ولا بعبيده[3]، بل يستأجر عليه، قاله محمد، وابن شعبان.

وقيل: لا يحط أجرة القلع على مذهب ابن القاسم فى المدونة، وقاله ابن دحون، وعلل ذلك بأن الغاصب لو هدمه لم يكن له أخذه بالقيمة بعد الهدم.

(١) فى ط: عيبًا.
(٢) فى ط: النقض.
(٣) فى ط: يعيده.

وأما القسم الثانى: فيخير فى الصبغ كما تقدم، ونحوه، إلا فى السويق يلت بالسمن، ونحوه من الطعام، فلا يخير؛ لما يدخله من الربا، بل يلزم المثل، أو القيمة فيما لا مثل له.

وأما القسم الثانى من أصل التقسيم وهو مجرد العمل: فهو قسمان:

[أحدهما: أن يكون ذلك يسيرًا لا ينتقل به الشىء عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفوله.

والثانى: أن يكون العمل كثيرًا ينتقل به الشىء المغصوب عن اسمه؛ كالخشبة يعمل منها تابوتًا، والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليًا][1] أو دراهم.

فيأخذ الأول معمولا بغير شىء؛ لأن اليسير مغتفر، والثانى فوت يوجب المثل، أو القيمة فى غير المثل يوم الغصب، هذا أصل ابن القاسم.

وأشهب يجعل البنيان أصلا لهذا كله، ويقول: لا أجر للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ، والرفو، والدباغ، والطحن، وعمل التابوت.

وعن ابن القاسم: الصبغ تفويت، وتتعين القيمة، وكذلك ما أشبه الصبغ.

وقيل: يشتركان بقيمة الصبغ، وقيمة الثوب إذا امتنعا من دفع ما توجه[2] عليهما، و [هذا القول أنكره فى كتاب اللقطة من][3] المدونة، وقال: إن الشركة[4] إنما تكون فيما كان توجه بشبهة.

* * *

---

(١) بدل ما بين المعقوفين فى ط: يسير لا ينتقل به المغصوب عن اسمه: كعمل الخشبة أبوابًا، أو تابوتًا، وطحن القمح، ونسج الغزل، وصوغ الفضة حليًا .

(٢) فى ط: يتوجه.

(٣) فى ط: وأنكر هذا القول فى.

(٤) فى ط: الشبهة.

الفصل الثالث

فى تصرفات الغاصب

وفى الكتاب: إذا باع الأمة ممن لم يعلم بالغصب يوم عدوانه فماتت عند المبتاع، فلا شيء عليه؛ لعدم العدوان، وضمن الغاصب القيمة يوم الغصب؛ لأنه يوم عدوانه، وتحقق سبب ضمانه، ولك أخذ الثمن وتنفيذ البيع؛ لأنه بيع فضولى، والثمن بدل مالك[١]؛ كالقيمة.

ولو قتلت عند المبتاع، فأخذ أرشًا، ثم استحقت، خيرت فى قيمتها يوم الغصب من الغاصب [أو أخذ الثمن من الغاصب وإجازة البيع][٢].

ولو قتلها المبتاع، فلك أخذ قيمتها يوم القتل منه؛ لأنه يوم عدوانه، والأصل: ترتب المسبب على سببه، ويرجع هو على الغاصب بالثمن.

قال ابن القاسم: وإنما ضمن المبتاع قيمتها؛ لأن مالكا قال فيمن ابتاع طعامًا، فأكله، أو ثيابًا، فلبسها حتى أبلاها: فله على المبتاع الطعام وقيمة الثياب.

وكل ما عرف هلاكه بأمر من الله: من موت جارية، أو الثياب، أو الطعام - لا يضمنه المبتاع؛ لأن يده يد شبهة، ولم يتعد.

ولو قطع المبتاع يدها، أو فقأ عينها، فله أخذها، وتضمينه نقصها؛ لذهابه بعدوانه، ويرجع هو بالثمن على الغاصب؛ لبطلان البيع، ولك إجازة البيع وأخذ الثمن من الغاصب، أو القيمة يوم الغصب.

ولو أنقص[٣] المبتاع الثوب باللبس، فكقطعه[٤] يد الأمة.

قال التونسى: اختلف فى جناية المشترى على العبد خطأ: هل يضمنه؟ وقيل: لا يضمنه؛ لأنه أخطأ على مال غيره فى الظاهر، وأنت قادر على تضمين الغاصب، وإجازة البيع، وأخذ الثمن.

وإذا أبلى المشترى الثوب باللبس، فإن عليه قيمته يوم لبسه، وانظر: لو ظهر

---

(١) فى ط: لمالك.
(٢) فى ط: بالثمن لبطلان البيع.
(٣) فى ط: أبى.
(٤) فى أ: فقطعه، وفى ط: وكقطعه.

الثوب عنده بعد شهرين من يوم البيع، ثم ادعى ضياعه لما استحق، هل يضمن قيمته يوم الشراء؛ كالصناع والرهان على أحد القولين، أو يوم رؤى بعد شهرين [من يوم البيع][1]

وهو الأشبه؛ لأن الرهان[2] والصناع إنما ضمنوا القيمة يوم التهم؛ لإمكان أن يكونوا لما غيبوه بعد هذا، فكأنهم قبضوه ليستهلكوه، ولا ينتفعون برؤيته عندهم بعد شهرين، والمشترى إنما قبضه على أنه ملكه، وله إتلافه، والانتفاع به، وهو مع ذلك غير ضامن إن ظهر هلاك العين فلا تهمة عليه، فإنما لك قيمته يوم رؤى عنده.

قال ابن يونس: قال أشهب: ولو استحقت الأمة بحرية، رجع المشترى على بائعها بالثمن، وكذلك بأنها أم ولد، أو معتقة إلى أجل، وقد ماتت عنده، ولا يرجع فى المدبرة بشىء.

قال محمد: والمكاتبة عندى كالأمة.

وعن أشهب: إذا باعها الغاصب بمائة، فقتلها المبتاع وقيمتها خمسون، فأغرمنا المشترى خمسين، رجع بها على الغاصب، ورجعت على الغاصب بخمسين بقية الثمن الذى أخذ فيها.

قال: والقياس: ما قاله ابن القاسم؛ لأنك لما أغرمت المبتاع قيمتها فكأنك أخذت عين شيئك، وانتقض البيع بين المشترى والغاصب، فيرجع المشترى بجميع شيئه.

ولَو كانت قيمتها يوم الغصب مائة وعشرين، فباعها بمائة، فقتلها المبتاع وقيمتها خمسون، فأخذت قيمتها من المشترى خمسين - رجع المشترى - على قول أشهب - على الغاصب بخمسين، وأنت بتمام القيمة يوم الغصب، وذلك سبعون.

وعلى قول ابن القاسم: يرجع المشترى على البائع بالثمن وهو مائة، وترجع أنت على الغاصب بتمام القيمة يوم الغصب وذلك عشرون.

وفى العتبية: إذا جنى عليها خطأ، فهو كالأمر السماوى:

وقال أشهب: هو كالعمد، ولك تضمينه القيمة، [لأنها جنايته][3].

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: الرهن.
(٣) سقط فى أ.

وفى العتبية: لو ادعى المبتاع أنها هلكت، صدق فيما لا يغاب عليه من رقيق، أو حيوان، ويحلف فيما يغاب عليه: لقد هلكت، ويغرم القيمة إلا أن يشهد بأن الهلاك من غير سببه.

قال اللخمى: فلو جنى عليها أجنبى عند المبتاع، تخيرت بين أخذ القيمة من الغاصب يوم الغصب، أو الثمن، أو القيمة يوم البيع - على أحد قولى ابن القاسم - ؛ لأنه تعد ثانٍ غير الغصب، ويمضى البيع، ويرجع المشترى على الجانى.

وعلى القول بمخالفة الخطأ للعمد: يستويان إذا كان أجنبيًا، ومتى أجزت لزم ذلك المشترى إلا أن [تكون][1] ذمتك ردية لكسبك حرامًا، أو غيره.

واختلف: إذا دفع المشترى الثمن للغاصب، والغاصب فقير، وقد أجزت البيع:

فقيل: لا شىء لك على المشترى:

وقيل: تأخذ الثمن منه ثانية، وهو يصح على القول بأن إمضاء العقد بيع، فيكون قد أجاز البيع دون القبض.

وعلى القول أن البيع التقابض: لا شىء على المشترى.

وإن علم المشترى أن البائع غاصب، وأحب الرد عليه قبل قدومك، فذلك له، إن كنت بعيد الغيبة؛ لتضرره بانتظارك، وهو فى ضمانه، وإن كنت قريب الغيبة فلا؛ لأن الغاصب ظالم يجب منعه، فلا يمكن.

وإن اشتراه الغاصب منك بعد أن باعه، لم يكن له رد بيع نفسه؛ لأنه أراد تحلل صنيعه، ولو صرح قبل ذلك بأنه يريد ملكه لا تحلل صنيعه، لكان له أن يأخذه.

ولو باع بعشرة، ثم اشتراه منك بثمانية[2]، رجعت عليه بدينارين؛ لأنك مستحق للثمن، ولو أعلمك لم تتركه، ولو باعه بثوب، خيرت بين إجازة البيع بالثمانية أو تردها[3]، وتأخذ الثوب، ولو تغير الثوب بنقص، فلك أخذه؛ لأنه غصب ثانٍ لا يمنع أخذه النقص.

ولو بعته من المشترى بثمن يخالف الأول فى القدر أو الجنس، جاز، ويرجع المشترى على الغاصب بما دفع إليه، فإن كان الثمن الأول عرضًا مما لم يتغير سوقه

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: بتمامه.
(٣) فى ط: يردها.

بِرجوعك، ورجوع المشترى فى ذلك العرض مختلف، فتفيته حوالة السوق فى رجوع الغاصب؛ لأن المشترى سلط عليه.

فإن بعته من ثالث، جاز، إذا كان لا يحتاج إلى خصومة؛ إما لأن الغاصب ذهبت قدرته، أو تاب وسلم وكان الذى هو فى يده متمكنًا منه، وإلا فلا؛ لأنه بيع ما لا يقدر على تسليمه.

وإن اعترف البائع بعد البيع بالغصب، لم يصدق على المشترى إذا لم يعرف ذلك إلا من قوله، وكان مقالك مع الغاصب، فتأخذه بالقيمة يوم يقول: إنه غصبه، أو [تجيز البيع وتأخذ][١] الثمن.

ويختلف إذا كانت القيمة يوم البيع أكثر من الثمن: هل يطالبه بالقيمة يوم البيع؛ لأنه تعد ثان.

وإذا اشتراه بخمسة، ولم يقل: اشتريته لصاحبه:

قال ابن القاسم: الخمسة لك.

وقال أشهب: لا شيء لك فى الفضلة، وتبقى للغاصب.

وقيل: ترد إلى من كان اشتراه بعشرة.

وقال محمد: إن اشتراه لنفسه، أو لمن أمره بشرائه، فالفضلة للغاصب، أو ليرده عليك، فالفضلة لك.

ووجه قول ابن القاسم: أن الغاصب لا يربح، وهو أحد القولين، فيأخذ الفضل، وإن لم يشتر لك.

ووجه قول أشهب، ومحمد: أن للغاصب عينًا، وقد أخذها، ولا مقال له فيما بين ذلك؛ كالبيع الفاسد يباع بعد[٢] ذلك بيعًا صحيحًا، ثم يعود لمشتريه الأول - أنه يرد لبائعه الأول، ولا مقال له ولا للمشترى فيما بين ذلك من ربح أو خسارة.

والقول بأن الخمسة لمن اشتراه بعشرة أحسن؛ لأنك تأخذه بالاستحقاق بملك متقدم يوجب نقض ما وقع من العقود بعد الغصب.

فإن وهبه لم يكن لك إلا أخذه، فإن نقص سوقه عند الغاصب، ألزمته أعلى

---

(١) فى ط: يجيز البيع ويأخذ.

(٢) فى ط: فى بعض.

القيم، إن كان عبدًا للتجارة، وتمضى الهبة، فإن ارتفع سوقه عند الموهوب، ثم نقص هل يغرم ذلك الغاصب؟ خلاف.

فقد قال عبد الملك: يغرم الغاصب ما اغتله المشترى؛ لأنه غرمك ذلك.

ولو غصبك، وقيمته مائة، فصارت مائة وثلاثين، فنزلت مائة[1] وعشرين، وباعه بمائة وعشرة، ثم مات وقيمته مائة:

فعلى قوله فى المدونة: لك الثمن لا غير؛ لأنه أكثر من القيمة يوم الغصب.

وعلى قوله فى الدمياطية: مائة وعشرون، قيمته يوم البيع؛ لأنه تعدٍ ثان؛ كما قال إذا قتله. وعلى قول: مائة وثلاثون[2]؛ لأنها أعلى القيم فى زمن كونه فى يد الغاصب.

وعلى قول عبد الملك: مائة وأربعون؛ لأنه حرمك إياها.

وإن حدث به عيب الموهوب، خيرت فى إمضاء الهبة والقيمة يوم الغصب، وبين أخذه، ثم إن كان العيب حدث عند الغاصب - عمدًا، أو خطأ - أو عند الموهوب له خطأ - فمقالك فى العيب مع الغاصب، أو من الموهوب له عمدًا، فلك أخذ القيمة من الموهوب له؛ لتعمد الجناية، وبه تبتدئ؛ لأن الغاصب لم يسلط[3] على قطع يده عمدًا، بخلاف اللباس، والأكل، فإن وجدته معسرًا، رجع بذلك على الغاصب.

وكذلك إن قتله عمدًا، خيرت كما فى الطرف.

فإن جنى عليه أجنبى - خطأ، أو عمدًا - أو قتله، خيرت بين تضمين الغاصب، وتمضى الهبة، ويطالب الموهوب الجانى، أو تضمن الجانى؛ لأنه أحد المتعدين، ويكون ذلك ردًا للهبة، والخطأ والعمد فى هذا سواء؛ لعدم شبهة الأجنبى، بخلاف الموهوب والمشترى، وفيه خلاف.

فإن تعيب عنده، ثم زال العيب عند الموهوب، فلك على الغاصب قيمة نقص العيب، وقيمته معيبًا يوم الهبة إذا كانت يوم الهبة أكثر منها يوم الغصب؛ لأن الهبة تعد ثان.

---

(١) فى ط: بمائة.

(٢) فى د: ثلاثين.

(٣) فى ط: تسلط.

فإن أعتقه الغاصب، فوجدته قائم العين، فلك نقض العتق، وأخذه لا غير، وإن تغير، فالقيمة يوم الغصب، ويمضى العتق، أو ترده، وتأخذه معيبًا، وتأخذه بقيمة العيب.

وإن أعتقه المشترى، ثم أدركه صاحبه ولم يتغير، خير بين إجازة البيع ويمضى العتق، أو يرده ويأخذه و [ليس له][1] تضمين الغاصب، أو المشترى؛ لأنه قادر على رد العتق، ويأخذ عبده سليمًا، فإن دخله عيب عند المشترى، فله تضمين الغاصب القيمة يوم الغصب، ويمضى البيع والعتق، وله إمضاء البيع وأخذ الثمن، أو يرد العتق ويأخذه معيبًا؛ لأنه عين ملكه، ويرجع على الغاصب بقيمة العيب على القول الأفقه؛ لأنه فوات تحت اليد العادية.

فإن حدث العيب عند الغاصب، لك أخذه بقيمة العيب يوم الغصب، ثم تخير فى إمضاء البيع وأخذ الثمن، ونقضه ورد العتق، أو[2] تضمينه قيمته إذا كان العيب كثيرًا، ويمضى البيع والعتق.

قال التونسى: إذا قتلت عند الغاصب، فأغرمت الغاصب قيمتها يوم الغصب مائة، وكانت قيمتها يوم الجناية مائة وعشرين - فالزائد للغاصب على الجانى؛ لأن الجناية طرأت على ما ملكه بتضمينك، والزائد لك، عند أشهب؛ لأن الغاصب لا يربح عنده.

فإن أخذت قيمتها يوم الجناية من الجانى ثمانين، وقيمتها يوم الغصب مائة، رجعت عند ابن القاسم على الغاصب؛ لفواته تحت يده.

قال: وينبغى على هذا: لو كانت على الغاصب غرما لم يكن أحق بما أخذت من الغرماء؛ لأنك أخذت ذلك عن الغاصب من غريم الغاصب، فأنت أسوة غرماء الغاصب، إلا أن تريد رفع الضمان عن الغاصب، فلا تتبعه ببقية القيمة، وتكون أولى من الغرماء.

وإذا باع فأردت أخذ الثمن من المشترى، ويرجع به المشترى على الغاصب، لم يكن عند ابن القاسم؛ لأنك إذا أجزت البيع صار الغاصب كالموكل على البيع، وله

---

(١) فى ط: إلا لك.
(٢) فى ط: و

قبض الثمن، وفيه اختلاف؛ لأنك تغرم المشترى ثانية، وهو متجه إذا كان الجانى دفع الجناية للغاصب، أو المشترى؛ لأنه دفعها[1] لغير مستحقها، ويتبع هو من دفع إليه.

فإن رجعت على المشترى بالقيمة خمسين، والثمن مائة:

قال ابن القاسم: يرجع المشترى بجميع الثمن على الغاصب؛ لأنك لما أخذت كأنك أخذت عين شيئك يوم استهلكه فانتقض البيع بينه، وبين الغاصب، فيرجع بالثمن.

وقال أشهب: بل بخمسين، والخمسون[2] الأخرى لك؛ لأن الغاصب لا يربح.

ولو وهب الثوب فأبلاه [الموهوب له][3]، رجعت - عند ابن القاسم - على الواهب، فإن لم يوجد، أو كان عديمًا، فعلى الموهوب له بقيمته يوم لبسه، ولا تراجع بينهما؛ لأنا متى قدرنا على إجازة هبة الغاصب فعلنا، كذلك ابتدأنا، والموهوب غير متعدّ، ولا علم عنده، فإذا تعذر قامت الحجة لك لوضعه يده على مالك خطأ.

وخيرك محمد وأشهب بينهما؛ كما إذا أبلاه المشترى.

والفرق: أن المشترى يرجع بالثمن بخلاف الموهوب.

وعندهما: إذا رجعت على الغاصب بقيمته يوم الغصب، وهى أقل من قيمته يوم اللبس، فلا تراجع بينهما، ولا لك؛ لأن الموهوب لم يلبس ليغرم.

وعن أشهب: لك الرجوع؛ لأن الفائت مالك.

وفى الموازية: لو كانت يوم الغصب أكثر، وأغرمت اللابس، لم ترجع على الغاصب بتمام القيمة.

فرع: قال فى الكتاب: إذا باع العبد، أو الأمة، فوجدتهما بحالهما، أو حالت الأسواق: إنما لك أخذه، أو ثمنه من الغاصب؛ كما لو وجدته بيده حائل السوق، فإن أجزت البيع بعد هلاك الثمن عنده، غرمته.

---

(١) فى ط: دفعهما.
(٢) فى أ، ط: الخمسين.
(٣) فى ط: الواهب.

قال ابن يونس: عن مالك: لك تضمينه[١] القيمة إذا حال السوق.

وعن عبد الملك: يخير فى أخذها، أو قيمتها إذا غاب عليها، وشككت فى وطئه، وكذلك إذا باعها بعد غيبته عليها، وقاله مالك وأصحابه، وهذا فى الجارية الرائعة؛ لأن الغيبة عليها عيب، فهو كنقص بدنها.

قال ابن حبيب: وليس ذلك فى شىء إلا فى الدابة يسافر عليها سفرًا بعيدًا، وهو خلاف لابن القاسم فى الدابة يسافر عليها سفرًا بعيدًا، ثم يردها بحالها - لا يضمنها، بخلاف المتعدى من مكترٍ أو مستعير.

قال: والقياس: تضمينه الجميع. وقد تقدم الفرق.

فرع: فى الكتاب: غصبها بعينها بياض، وباعها، فذهب البياض، فأجزت البيع، ثم علمت بذهابه - لزمتك الإجازة[٢]؛ كالمتعدى تلزمه القيمة بتعدى المسافة، وضلال الدابة، ثم توجد، فهى للمتعدى دونك؛ لأنك لو شئت لم تتعجل؛ ولأن رضاك بالقيمة مع إمكان صبرك إلى وجدانها كالرضا منك بالمعاوضة، فلا رجوع.

وفى النكت: ذهاب البياض قبل البيع وبعده سواء، وقوله: «لو شئت لم تتعجل» يحتمل الوجهين، وفيه خلاف.

وقيل: لك المقال إن ذهب قبل البيع إذا لم تعلم لثبتها أنها على غير الصفة؛ لأنك تقول: ظننت أنه لم يذهب، بخلاف ذهابه بعد البيع.

والأول أصوب.

فرع: قال فى النكت: إذا تعدى على سلعة، فباعها، ثم ورثها عنه، انتقض البيع، وإن اشترها لك من ربها، لم ينتقض.

والفرق عند ابن القاسم: أنك فى الميراث لم تتسبب فى تحليل[٣] فعلك وتصحيحه، بل تنزلت منزلة الموروث فى نقض البيع.

نظائر:

قال أبو عمران: خمس مسائل تترتب على الميراث:

من باع شيئًا ليس له نقض البيع إلا فى الميراث، ولا ترجع الهبة إلا بالميراث، ومن حلف بعتق عبده فباعه، ترجع اليمين عليه إذا ملكه إلا بالميراث، ويختلف إذا

(١) فى ط: تضمنه.
(٢) فى ط: الإجارة.
(٣) فى ط: تعليل.

باعه السلطان لفلسه، ويكمل عتق القريب بملك بعضه إلا فى الميراث.

ومن باع لا يشفع فى عين ما باع إلا بالميراث؛ بأن يكون موروثك الشفيع، فتأخذ من المشترى بالشفعة؛ لأنك رضيت بالبيع له، ولم ترض بشركته.

فرع: فى الكتاب: لك نقض البيع، وإن أعتق المبتاع، أو زادت القيمة، أو نقصت، ولك إجازته؛ لأنه بيع فضولى، فيمضى العتق.

قال اللخمى: فإن أعتق الغاصب، ولم تتغير العين، فلك نقض العتق، وأخذه، ولك أخذه بالقيمة يوم الغصب، ويمضى العتق؛ لتقدم ملكه على العتق بالضمان.

وإن تعيب فلك أخذه وأرش العيب، ويبطل العتق.

فإن أعتق المشترى، ولم يتغير، خيرت بين إجازة البيع، فيمضى العتق، أو أخذه، فيبطل العتق، وليس لك تضمين الغاصب، ولا المشترى؛ لقدرتك على أخذه سليمًا.

فإن دخله عيب عند المشترى، فلك تضمين الغاصب - بجناية الغصب - القيمة يوم الغصب، ويمضى البيع، والعتق، أو تجيز البيع وتأخذ الثمن، أو ترد العتق وتأخذه معيبًا؛ لأنه عين مالك، وعلى الغاصب أرش العيب على المستحسن من القول.

فإن تعيب عند الغاصب، فلك أخذه بالقيمة يوم الغصب، ثم تخير بين أخذ الثمن، أو العبد، وترد العتق، أو تضمنه قيمة جميعه إذا كان العيب كثيرًا.

قال ابن يونس: قيل: إن أعتق الغاصب، ولم يفت، [ليس][(١)] لك إلزامه القيمة؛ لأن بيعه باطل؛ لعدم الملك.

قال التونسى: إذا أعتق المشترى، وأجاز المالك البيع، وقد تزوج، ووارث، جازت أفعاله كلها؛ لعدم تعدى المشترى فى عتقه.

وقد قال أشهب فى عتق العدوان كالمكاتب يعتق عبده، ثم يموت، فيريد السيد إجازته عنده ليرثه: له ذلك، وعلى مذهب ابن القاسم: لا يرثه.

فرع: فى الكتاب: لا يصدق على المبتاع بعد البيع أنه غصب، ويضمن القيمة لك يوم الغصب؛ مؤاخذة بإقراره.

فرع: قال: إذا باع ولم يعلم المبتاع بالغصب[(٢)]، ثم اشتراها الغاصب من

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: بالعيب.

المالك، فليس للغاصب نقض بيعه؛ لتقرر الملك، وكأنه دفع القيمة للمالك، وبيع المالك نقض لبيع الغاصب، وللمبتاع أخذها من الذى اشتراها من الغاصب.

وإذا باع الغاصب والمالك غائب، ثم علم المبتاع بالغصب، فللمبتاع رد البيع؛ لئلا يخير عليه إذا قدم، وليس للغاصب أن يقول: أنا أستأنى رأى صاحبها، ولو حضر فأجاز البيع، بطل رده؛ لزوال العيب، وكذلك بيع الفضولى.

فى النكت: إذا باع المتعدى، ثم ورثها المالك، له نقض البيع، بخلاف شرائها.

والفرق على مذهب ابن القاسم: أنه فى الإرث كمن ورثها عنه، وموروثه له النقض، فله النقض، وفى الشراء قدر صنيعه.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: إذا جاء رب العبد المبيع، وهو قائم، فالعهدة على المالك دون الغاصب؛ لأنه الأصل فى الملك، فإن فات حتى يخير المالك فى القيمة يوم الغصب، فالعهدة على الغاصب؛ لوجود سبب انتقال الملك إليه، وهو الفوات.

فرع: فى النوادر: إذا مات عن أرض، وبقر، ودواب، فاستعملت ذلك كله امرأته، والورثة صغار، أو غيب، وطال ذلك - فعليها كراء حصتهم من الأرض، والدواب، وتقاص بالعلف، وتضمن ما مات فى عملها؛ لتعديها، وما تعيب، أو نقص، خيروا فى أخذه ناقصًا مع الأرش، وبين تضمينها القيمة، وفى غير عملها، أو بغير سببها، لا تضمنه إذا تركته على حاله؛ لعدم العدوان، وترد ما فضل عن العلوفة، والكلف من لبن، أو غيره من الغلة؛ لأنه ملك للورثة.

فإن زرعت من بذر الميت الأرض، [والنماء له][1]، فتحلف: ما زرعت إلا لنفسها، ولها المزروع، وتصدق مع يمينها فى أن البذر لها، قاله مطرف، وأصبغ.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا بنى، أو غرس فى أرض امرأته، أو دارها، ثم يموت أحدهما، فقيمة ذلك البناء عليها، أو على ورثتها للزوج، أو لورثته قيمته مقلوعًا، وإنما حاله فيما غرس من مال امرأته حال المرتفق به؛ كالعارية يغرس فيها، أو يبنى، إلا أن يكون للمرأة أو لورثتها بينة: أن النفقة كانت من مالها، فتكون أحق بأرضها بغير شىء.

---

(١) فى ط: التى له.

الفصل الرابع

فى الاستحقاق

وهو مشتق من الحق، والاستفعال لغة: طلب الفعل؛ كالاستسقاء لطلب السقى، والاستفهام لطلب الفهم، فالاستحقاق: طلب الحق.

وفى الكتاب: يكمل النصاب بشهادة أحدهما على الغصب، والآخر بإقراره بالغصب، أو على أنها لك؛ لأنه مشترك بين شهادتيهما: أنها ملكك دون الغاصب، فإن نقص المغصوب، حلفت مع شاهد الغصب، وأخذت القيمة، ولو شهد أحدهما: أنها لك، والآخر: أنها فى حيزك - فقد اجتمعا على أنها لك.

فائدة: فى التنبيهات: حيِّز - بتشديد الياء - وروى بتخفيفها، كهين وهين، ومعناها: ملكه، ولو أراد الحيازة لم يكمل النصاب.

تنبيه: نقل التهذيب يقتضى اجتماع شاهدى الملك والغصب على الملك، وكذلك ابن يونس، واللخمى، وفى المدونة: أنها لا تلفق.

وجعله نقل المدونة خلاف ما وقع فى التهذيب، وعلله بأن شاهد الغصب قد يقول: لعلها كانت عندك عارية، أو وديعة، أو رهنًا، [أو إجارة][1]، وإنما رأيته أخذها منك، ثم قال عن ابن القاسم: رجوعه إلى اتفاقهما على الملك إذا لم يفت.

قال: وليس باختلاف؛ لأنه لم يقل: شهادته تامة.

فرع: فى الكتاب: اكتريت سنين، فبنيت، أو غرست، أو زرعت، وكانت تزرع السنة كلها، فاستحقت قبل تمام المدة، والذى أكراها مبتاع: فالغلة بالضمان إلى يوم الاستحقاق، وللمستحق إجازة كراء بقية المدة، وأخذ حصة الكراء من يومئذ، والفسخ؛ لأنه تصرف فضولى يقبل التغير والنقض، وله بعد تمام المدة دفع قيمة البناء والغرس مقلوعًا، ويؤمر بالقلع، وإن فسخ قبل تمام المدة: لم يقلع، ولا يأخذ بالقيمة مقلوعًا، بل قائمًا؛ لأن الوضع يشهد، وإن أبى أن يعطيه قيمة أرضه، وأبى الآخر من قيمة الزرع، كانا شريكين، ويبدأ بصاحب الأرض فى إعطاء القيمة، وعليه -

---

(١) سقط فى ط.

إذا فسخ الكراء – الصبر إلى انقضاء البطن الذى أدركه، وله قيمة الكراء من يومئذ بحساب السنة.

وأصل ذلك: أن الصديق – رضى الله عنه – أقطع رجلا أرضًا، فأحيا، وغرس فيها، ثم جاء آخر، فاستحقها، فأمر الأول أن يعطيه قيمة ما أحيا؛ لأنه صاحب الأصل، فقال: لا، فقال للآخر: أعطه قيمة أرضه بيضاء، فلم يفعل، فقضى أن تكون الأرض بينهما: هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة عمارته.

فإن كانت أرضًا تزرع مرة فى السنة، فاستحقها مزروعة قبل فوت إبان الزرع، فكراء تلك السنة للمستحق؛ لانتقال الضمان، ولا يقلع الزرع؛ لأنه زرع بشبهة، ولو كان الزارع غاصبًا، [قلع زرعه][1] إن كان فى إبان الزراعة؛ لتمحض الظلم.

فإن استحقت بعد الإبان، وقد زرعها مشتريها، أو مكترٍ منه، فلا كراء للمستحق تلك السنة؛ لقوة الشبهة، وفوات الإبان، بل كراؤها للذى أكراها إن لم يكن غاصبًا، بل مشترٍ، أو وارث.

وكذلك إن سكن الدار مشتريها، أو أكراها مدة، فاستحقت بعد المدة، وكراؤها للمبتاع دون المستحق، فإن جهل حال المكرى: أغاصب هو أم مبتاع؟ فزرعت، ثم استحقت، فهو كالمشترى حتى يعلم الغصب؛ لأن الأصل عدم العدوان.

وإن كان المكرى وارثًا، فطرأ له أخ لم يعلم به، أو علم، رجع على أخيه بحصته من الكراء، فإن كان قد حابى، رجع عليه بالمحاباة إن كان مليا، وإلا رجع على المكترى؛ لأنه واضع يده على أرضه.

وقال غيره: بل يرجع بالمحاباة على المكترى فى ملائه وعدمه، كان أخوه مليا أو معدمًا، إلا أن يعلم الأخ أن معه وارثًا، فيرجع عليه أخوه فى عدم المكترى.

ومنشأ الخلاف: النظر إلى أن الأخ كالمتلف بالمحاباة، أو أن المكترى هو الذى استوفى المنفعة.

فإن سكن هذا الوارث، أو زرع لنفسه، ثم طرأ أخ لم يعلم به، فالأحسن عدم رجوع الأخ؛ لأن الخراج بالضمان، بخلاف الكراء؛ لأنه كالغاصب للسكنى دون الرقبة، إلا أن يكون عالمًا بالأخ فيغرمه نصف الكراء؛ لضعف الشبهة بالعلم،

(١) سقط فى ط.

والأصل: رد غلة العقار على المذهب، لكن قويت الشبهة [مع عدم العلم][١].

وعن مالك: أن عليه نصف كراء ما سكن؛ كالغاصب.

ولو كان إنما ورث الأرض من أخيه، فأكراها ممن زرعها، ثم قدم ولد الميت، فحجبه، ليس له قلع الزرع، وله الكراء - قدم فى إبان الحرث أو بعده - ؛ لأنها لو عطبت كانت فى ضمان القادم، وإنما الذى يدخل مع الورثة فيشاركهم فى الكراء والغلة - من دخل معهم فى الميراث بسبب واحد، فأما من استحق دارا بوراثة أو بغير وراثة من يد من ابتاعها، أو ورثها، فإنما له الكراء من يوم استحق، دون ما مضى إلا أن تكون الدار فى يد غاصب.

فى التنبيهات: قول الغير «يرجع الأخ على المكترى دون الأخ»:

قال أبو محمد: هو وفاق لابن القاسم.

وجواب ابن القاسم على أن أخاه علم، كما قال الغير؛ لقوله بعد هذا فى المكترى: يهدم الدار، فيهب له المكترى قيمة الهدم، فيستحق.

قال ابن القاسم: إنما يرجع المستحق على الجانى، ولقوله فى العبد يسرق، فيموت، فيهب المسروق منه قيمته للسارق، ثم يستحق: أنه يطلب السارق دون الواهب؛ لأنه إنما فعل ما يجوز له.

وقال غيره: هو خلاف، وهو متعدٍ عند ابن القاسم - علم أو لم يعلم - ؛ لهبته شيئًا حصل فى يده، وفى مسألة الهادم والسارق: لم يهب شيئًا فى يده، وهبته له كهبة الأجنبى لما ليس فى يده.

ومذهب ابن القاسم فى الغاصب يهب طعامًا، أو ثوبا: أن الرجوع عليه، إن كان مليا، وإن كان معدمًا أو لم يقدر عليه، فعلى الموهوب، ثم لا يرجع على الواهب؛ لأن الهبة لا عهدة لها.

وقال أشهب: يتبع أيهما شاء؛ كما قال فى المشترى.

وجاءت هذه المسألة فى الكتاب، ولم يفسر أن الواهب غاصب، وهو معنى المسألة، وعليه اختصرها الناس، ولو كان الواهب غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب.

---

(١) بياض فى أ.

وقيل: هذا خلاف، كقوله فى مسألة المحاباة، على القول بأنه خلاف.

والأشبه: وفاق ذلك كله على ما تأوله أبو محمد، وتستقيم المسائل كلها على أصل واحد.

وقوله: «إن جهل حال المكترى فهو كالمشترى حتى يعلم الغصب»: معناه: أن مكتريها ممن كانت بيده من وجه يجهل - كزارع بشبهة لا يقلع زرعه حتى يعلم أن مكتريها غاصب، وأما المكرى فمحمول على التعدى، وينزع ما أكرى به حتى تثبت الشبهة من شراء، أو غيره، وقد قيل: إن مجرد الدعوى بالملك، والاختلاف شبهة ملك.

وفى النكت: إذا استحقت من المكترى قبل المدة، ودفعت قيمة البناء، والغرس قائمًا، إنما يدفع قيمته قائمًا على أن يقلع إلى وقته، وكذلك إذا اشتركا بسبب امتناعهما، تقع الشركة بذلك.

وعليه قال بعض شيوخنا: تقوم الأرض براحا، وتقوم الأنقاض، لو كانت هكذا فى أرض قائمة كم تساوى؟ ولا تقوم ما زادت الأرض لأجل ما فيها، على مذهب ابن القاسم، وفيه خلاف.

وقيل: إنما يعتبر ما زاد فى هذه المسألة على مذهب ابن القاسم، وليست كمسألة الثوب يصبغه المشترى، ثم يستحق، لا يعتبر قيمة ما زاد الصبغ؛ لأن الصبغ ربما زاد فى الثوب، وربما نقص، والبناء زيادة معلومة، وإنما يقال: كم قيمة الأرض براحا؟ وكم قيمتها بما فيها من البناء والغرس؟ فتعرف الزيادة، فيشارك بها.

قال محمد: لو رضيت بترك الأرض مع الغاصب فى الإبان، والزرع صغير جدًا، بكراء مثلها، امتنع؛ لأنه بيع زرع لم يحل مع كراء أرض؛ لأن الزرع يحكم به لك.

وقال أبو محمد: إن كان الزرع ينتفع به الغاصب لو قلعه، جاز ذلك.

وقوله: «إبان الزراعة» يريد به: ملك إبان الشىء المزروع، فإذا فات، لا يكلف الغاصب القلع، وإن أمكن زراعة غيره.

وقال: واعلم أن دفع القيمة ليس كشرائه قبل بدو الصلاح؛ لأنه يحكم به لك.

وإذا استحقت الدار المكتراة قبل تمام المدة، وأجزت كراء باقى المدة، وقد نقد المكترى، إنما يدفع كراء ذلك إذا كان مأمونًا، إن كنت قد علمت أن المكترى قد نقد، أو العادة النقد؛ لدخوله على أن يأخذ حصاص باقى المدة، وإلا لم يكن

ما وصفنا، فليس لك تعجيل حصة باقى المدة، وتحمل على أنك إنما أجزت لتأخذ بحساب ما سكن المكترى، كلما مضت مدة أخذت بحسابها، وإنما يكون للمكترى الامتناع من دفع حصة باقى المدة إذا كان المستحق غير مأمون، إذا كانت لو انهدمت لم تسو قيمتها مهدومة [ما دفع][١]، وإلا فلا مقال له؛ لأمن عاقبته لعدم[٢] الضرر.

ولا يضر أن المستحق ملدا ظالمًا، أن يخاف المكترى من كثرة دين، ولا تفيد قيمتها مهدومة شيئًا، فله الامتناع، وحينئذ يقال لك: إما أن تجيز على أنك لا تأخذ إلا بحساب ما يسكن أو افسخ بقية المدة.

قال: والفرق بين المشترى يهدم الدار لا يطالب بنقص الهدم، ويطالب بنقص لبس الثوب: أنه انتفع باللبس دون الهدم.

قال التونسى: إذا قومنا[٣] الغرس أو البناء على أنه باق فى الأرض إلى عشر سنين، فقد انتفع المكترى بالأرض بعد الانتفاع لتزيد قيمة غرسه، فكيف يرجع على المشترى بجميع كراء ما بقى مع انتفاعه؟

قال: فإن قيل: إذا قومناه على أنه باق فى الأرض إلى الأمد، أخذنا من رب الأرض جزءًا[٤] من أرضه.

قيل: إذا قومنا، إنما نقومه قائمًا؛ لدخوله بوجه شبهة، فإذا امتنع رب الأرض، أعطى قيمة أرضه كاملة لا بناء فيها، فلم يظلم.

وإذا جاء فى الإبان، وهو يدرك أن يزرع، فله الكراء عند ابن القاسم.

وقال عبد الملك: حصة الماضى للمشترى؛ لأن المبادرة بتقويم الزرع قد يقابلها جزء من الكراء، فأما إذا كانت الأرض تزرع بطونًا، فهو مثل السكنى له من يوم يستحق؛ لأنه لو لم يكن ما فيها الآن لزرعه، وما مضى يكون للمشترى بالشبهة، وما يكون من يوم الاستحقاق للمستحق، فله إجازة عقد الكراء، وأخذه بالمسمى، وله أخذ كراء المثل؛ لأن حق الزارع فى ألا يقطع زرعه لأن يتم عند[٥] المشترى،

(١) فى ط: فادفع.
(٢) فى ط: لعد.
(٣) فى ط: قدمنا.
(٤) فى ط: جزاءً.
(٥) فى أ: عقد.

ويلزم المستحق.

قال: فإن قيل: إذا عقد منه بعشرة، وكراء المثل خمسة عشر، فقال المكترى: إنما دخلت على عشرة فلا أغرم إلا على حسابها ويرجع المستحق على الذى أكرانى.

فيقال له: لو كان غاصبًا كان له ذلك، لكنه مشترٍ، والمشترى إذا وهب، فاستهلك الموهوب، لم يضمن - عند ابن القاسم - الواهب، وضمن الموهوب له؛ لأنه المنتفع دون المشترى.

قال: فإن قيل: فقد قال ابن القاسم فى الأخ الطارئ، وقد حابى أخوه فى الكراء: يرجع على أخيه، فإن لم يوجد، فعلى الساكن.

قال: قلت: كان ينبغى ألا يرجع - إذا لم يعلم - بشىء؛ لأنه غير منتفع، لا سيما والوارث لم يكن ضامنًا، والمشترى كان ضامنًا.

وقد اختلف فى المشترى إذا لم ينتفع، مثل: أن يجنى على العبد خطأ:

فقيل: يضمن؛ لقوله ذلك ههنا فى الوارث.

وقيل: لا يضمن ما انتفع به.

أو جنى عليه عمدا، فيلزم جريان هذا الاختلاف فى هبات المشترى إذا انتفع الموهوب؛ لأنه أخطأ على مال، فوهبه، فيقدم فى الغرامة؛ لأنه المبتدئ بالإتلاف، فإذا تعذر إغرامه، غرمنا المنتفع، ويصير على هذا التأويل لافرق بين هبة الغاصب، والمشترى، والوارث.

وغير ابن القاسم: لم يضمن الوارث إذا لم يتعدّ شيئًا، كان الموهوب فقيرًا أو غنيًا.

فإن علم الواهب، فتعدى، قدم تضمين الموهوب، فإن لم يوجد عنده شىء، ضمن الواهب؛ لأن المنتفع عنده أولى بالغرم من الذى لم ينتفع، فإذا أعدم، غرمنا المسلط.

وإذا سكن، أو زرع، ثم جاء من يشاركه، لم يجعل ابن القاسم عليه شيئًا؛ لأن فى نصيبه ما يكفيه، ولعله أراد: إنما زرع القدر الذى لو زرعه فى نصيبه لكان نصيبه.

أما لو لم يرث إلا أرضًا واحدة، فزرعها، لكان يليق أن يكون عليه الكراء لنصيب صاحبه.

قال: فإن قيل: يلزم مثل هذا إذا أكرى بعض ما ورث، وترك الباقى، ولو أكرى نصيبه من الجميع لأكرى بمثل ما أكرى إلا أن يكون لأخيه عليه شيء.

قيل: الفرق بين ما يأخذ من غلة لانتفاعه بالغلة، فإن السكنى الزائدة على قدر نصيبه لم ينتفع بذلك، وقد وقع فى الغلات نحو هذا فيمن حبس على ولده، فرأى أن البنات لا يدخلن فيه، فأكلها الذكور زمانًا، ثم فطن لذلك، قال: لا يرجع على الذكور بما مضى.

وقيل: يرجع عليهم، وهو الأصوب.

وأما من استحق الجملة، فهذا يرجع عليه بما سكن، واغتل؛ لأنه لم يكن له شريك يحتج به أن نصيبه يكفيه.

قال ابن يونس: إجازة ما بقى من المدة يمتنع على رأى من يمنع الجمع بين سلعتين لرجلين فى البيع حتى يعلم ما ينوب ما بقى؛ ليجيز بثمن معلوم.

وإذا دفع المستحق قيمة البناء مقلوعًا:

قال محمد: بعد إخراج القلع، إذ على ذلك دخل المكترى.

قال اللخمى: متى وجد قبل الحرث، خير بين الإجازة بالمسمى، أو يخرجه، فإن قلبها فكذلك، واختلف فى الحرث:

قال ابن القاسم: يخير بين إعطائه قيمة حرثه، فإن أبى، أعطاه الآخر قيمة كرائها، فإن أبى أسلمها ولا شيء له؛ كقوله فى تضمين الصناع: إذا لم يدفع القاطع قيمة الثوب، أسلمه بخياطته.

وقال سحنون: يشارك بالخياطة.

فعلى هذا: يشاركه فى كراء هذه السنة بقيمة الحرث[1]، [والمستحق بقيمة كرائها غير محروثة على ذلك][2]، وعلى كراء الأرض فإن لم يجد من يكرى منه، وأكريت فى العام الثانى، فعلى ذلك، إلا أن تذهب منفعة الحرث، فإن باعها المستحق، سقط الحرث إلا أن يزيد فى الثمن، فيكون له الزائد، قيل: لا شيء للمستحق فى الحرث.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: إن أكريت يقتسمها الأجرة على ذلك.

واختلف إذا قدم المستحق فى الإبان، وخاصم، فحكم له بعده: هل يكون الكراء للأول، أو للمستحق؟

وإن كان الغاصب الزارع، فلك أخذ الأرض قبل الحرث، وبعده، ولا عوض عليك فى الحرث بانفراده، ولا فى الزرع إذا [لم يبرز، أو برز][(١)] ولم يبلغ أن ينتفع به إن قلع، وإن كان فيه منفعة، كان للغاصب.

واختلف إذا أحب المغصوب، [أن يدفع][(٢)] قيمته مقلوعًا ويقره: هل له ذلك؟ وأن يكون له أصوب؛ لأن النهى عن بيع التمر قبل بدو الصلاح على البقاء، فيزيد البقاء ثمنًا، [ولا يدرى هل يسلم،][(٣)] وهذا يدفع[(٤)] قيمته مطروحًا.

ويقره هل له ذلك؟ والجواز أحسن؛ لأن النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها على البقاء. فيريد البقاء ثمنا ويشك فى السلامة، وهذا بيع قيمته مطروحا.

فإن خرج الإبان:

قال مالك: الزرع للغاصب، وهو المعروف.

وعنه: لك قلعه؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعرق ظَالِمٍ حَق»[(٥)].

وعنه - أيضا -: الزرع لك ولو حصد.

وفى الترمذى قال ﷺ: «مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِن الزَّرْعِ شَىْءٌ، وَلَهُ نَفَقَتُهُ»[(٦)] ولم يفرق بين الآثار وغيره.

وقوله: يبدأ بالأخ وإن لم يعلم، وليس المعروف من المذهب، بل المعروف: لا شىء عليه إذا لم يعلم، سواء كان المحابى موسرا أم لا، وأما إذا كان عالما، فعند ابن القاسم: يبدأ بالواهب.

وعند غيره: بالموهوب.

وخير أشهب المستحق بينهما.

---

(١) فى ط: لم يبذر أو بذر.
(٢) فى ط: منه دفع.
(٣) فى ط: ويشك فى السلامة.
(٤) فى ط: بيع.
(٥) تقدم.
(٦) تقدم.

قال: وأرى أن يبدأ بالموهوب إن احتاج لذلك، وإلا فالمسلط، وإن أعدم أغرم المنتفع.

واختلف هل يرجع على المسلط متى أيسر؟ وأن يرجع أحسن؛ لأنه أدخله فى ذلك.

ولو كانت للأخ دار فأعطاها، ولو علم لسكنها [. . .](١) شىء لأخيه شىء فى سكناه الدار الموروثة، فإن أكراها نظرت إلى الكراء [. . .](٢) لم يغرم شىء؛ لأنه لو سكن داره أكرى نصيبه بدون ذلك، فقد فضل فى يده الزائد فيسلمه لأخيه، وإن زرع الأرض، ولا يكفيه إلا جميعها، غرم لأخيه كراء نصيبه، وإن كان يكفيه نصيبه على الاتساع، لم يكن عليه شىء، وإن كان يكفيه إذ زرعه ضعيف، فلما زرع ذلك القدر فى جميعها على الاتساع جاءت بأكثر، فعليه كراء ما زاد على ما كانت تخرج لو زرع جميعه فى نصيبه.

فرع: فى الكتاب: الكراء بالمعين فى المثلى؛ كالحديد المعلوم الموزون، أو القيمى؛ كالعبد يستحق قبل زراعة الأرض - يفسخ كالبيع إذا استحق الثمن من المعين، أو بعد الزرع، أو حدوث عمل بكراء المثل، كالمبيع إذا أكل قبل استحقاق الثمن المعين، فإن مقتضى العقد تعدى أخذه فلم يبق إلا ما يقابل المنفعة.

وفى التنبيهات: إذا أجاز المستحق الكراء وسلم العبد فهو أحق بالأرض؛ لأن العقد الواقع فى عبده بيع فضولى ما لم يغب، وتحررت، وإذا زرعت، فله كراء المثل الذى استوجبه ربها، واختلف إذا حرث ولم يزرع، هل هو فوت بين المستحق والمكترى أم لا؟ ولم يختلف أنه فوت بين المكترى والمكرى.

قال التونسى: إذا جاء المستحق بعد الحرث، فعليه قيمة الأرض بعد الحرث فيدفع قيمته، فإن أبى أعطاه صاحب الحرث كراء سنة، فإن أبى أسلمها إليه يحرثها.

قال ابن يونس: لو غصب عبدا فباعه بجارية فأولدها، فلمستحقه إجازة البيع وأخذ الجارية وقيمة ولدها.

وعن سحنون: لا يأخذ مستحق العبد السلعة إلا إذا لم يفت بحوالة سوق.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.

قال: وفيه بعد؛ لأنه إذا جاز صار كالمستحق، والمستحق لا يفيته شيء، ولا يشبه ما كان مستحق العين، وهو ضامن العين المستحقة عوض المستحق بين المتبايعين؛ لإخراجه على سبيل المعاوضة، فإذا جاء سوقه لم يرجع فيه، والمستحق أخرج سلعة من يده فله أخذها أو عوضها.

قال اللخمى: لو اشترى عبدا بثوب فعتق العبد واستحق الثوب، رجع بائع العبد بقيمته؛ لأنه هو الذى وضع يده عليه، فإن أجاز المستحق البيع، رد العتق فى أحد القولين؛ لتأخره عن استمرار العقد أو عن ضمانه.

فرع: فى الكتاب: إذا تعدى بائع الطعام فباعه قبل الكيل، أتى بمثله، ولا خيار لك فى أخذ الثمن؛ لأنه أتلف عليك مثليًا ملكته، ولو هلك بأمر سماوى، انتقض البيع؛ لأنه فيه حق توفيه، ولا ينتقل لضمانك إلا بعدها، وليس عليه ولا له الإتيان بمثله.

فى التنبيهات: السماوى، أى: النار أو السارق، ومراده: لم يوجد السارق، ولو وجد، غرم القيمة إن لم يعلم الكيل.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت الدار من غير غاصب فلم تنقده حتى استحقت فى نصف المدة، فكراء ما مضى للأول بالضمان، ولك فسخ الباقى والرضا به؛ لأنه عقد فضولى، ويكون ذلك بقيمة كراء المدة؛ لانتقال الضمان إليك، فإن أخذت الكراء، فليس للمكترى فسخه فرارًا من عهده، إذ لا ضرر عليه؛ لأنه سكن، فإن أعطيت أدى بحساب [. . .][1] كلها الدفع المستحق حصته باقى المدة إن كان مأمونًا، ولم [. . .][2] أو نحوه، ولا يرد باقى الكراء على المكترى.

قال التونسى: لا يخير حتى يعلم ما ينوب ما بقى؛ كجمع السلعتين لرجلين فى عقد واحد إذا كان المكترى انتقد الكراء فكان هذا أمينًا، وأتى بحميل ثقة انتقد الكراء على ذلك، أخذ بقدر ما سكن الساكن، وإلا فسخ، ولا تجعل الدار مأمونة، فينقد الكراء؛ لأنه إن فلس كان أولى بالسكنى.

قال: ولعل هذا إذا كانت الدار عونًا، وإلا فهو أولى بصحيحة البناء مما له حجة

---

(١) بياض فى ط.

(٢) بياض فى ط.

فى إعسار المستحق؛ لكراء الدار فى يديه، فهو أحق بها من جميع الغرماء.

قال اللخمى: للمستحق أجرة الكراء، وإن كره المكترى والكراء مؤجل، أو بالنقد والمستحق مأمون.

قال ابن القاسم: إن كان مخوفًا؛ لكثرة الدين، فله رد النقد، ويرجع الخيار للمستحق بين التمادى على الإجارة أو رد النقد؛ لأن العقد بشرط النقد إن خص، فلا تلزمه الإجارة ويمنع النقد.

قال: وأرى أن للمكترى أن يتعجل ذلك النقد، وإن كان عليه دين؛ لأن المكترى أحق بالدين عند قيام الغرماء، فكان هو ومن لا دين عليه فى هذا الوجه سواء، ولا يقال: لعل الدار مخوفة؛ لأن المخوف لا يكرى بالنقد.

وإن نقد تطوعًا بعد العقد، فللمستحق قبضه، إذا قصد الأول بالتعجيل إبراء ذمته، وإن قصد رفق المكترى، فللمكترى ارتجاعه، ولا مقال للمستحق المأمون، وإن قصد براءة ذمته، والدار مخوفة، والمستحق غير مأمون إلا أنه لا دين عليه، فإن كانت قيمتها مهدومة وفاء الدين له قبض الكراء، وإن كان له غرماء، فللمكترى ارتجاعها.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت فهدمت تعديا، فللمستحق أخذ النقض وقيمة الهدم منك؛ لتعديك، وإن أسقطها المكترى عنك قبل الاستحقاق، مليًا كنت أم لا، للزومها لك بالتعدى، ولا يرجع عليك إذا لم ينقد؛ كما لو اشتريت عبدًا فسرقه منك رجل فتركت قيمته ثم استحق، اتبع المستحق السارق وحده، ولو ابتعت النقض، فله إغرامك ثمنه أو قيمته، ولو هدمها المكرى، فللمستحق النقض دون القيمة إن وجده، وإن بيع فثمنه.

فى التنبيهات: قوله: «يرجع المكترى بقيمة الهدم»، قيل: بما سميا نفقته وما بينهما من القيمة بذلك البناء فيغرمه.

وقيل: قيمة ما أفسد من البناء.

وقال ابن حبيب: ما أنفق فى البناء.

وقيل: يأخذ النقض وما أفسد من الهدم.

وفى النكت: إذا أجاز المستحق كراء ما فى المدة وقد علم أن المكرى قد نقد

الكراء، أو كانت عادة الناس النقد، فقد دخل على أن يأخذ حصاص باقى المدة، وإلا فليس له أن يتعجل حصة باقى المدة. وهذا يحمل عليه أنه إنما أجاز؛ ليأخذ بحساب ما سكن المكترى، فكلما سكن المكترى شيئًا أدى بحسابه، وإنما يكون للمكترى الامتناع من دفع حصة باقى الأمد إذا كان مقدار الكراء الذى دفع [. . .][1] مأوى فلا مقال؛ لأن له ذمة، وإذا كان المستحق ملدًا ظالما فلا حجة للمكترى [. . .][2] الكراء وأكثر، وإنما يصح هذا إذا لم يخف المكترى (. . .)[3] المساواة.

قال عبد الحق: إذا كان المستحق غير مأمون فامتنع المكترى من دفع كراء بقية المدة، خير المستحق بين إجازة الكراء على أنه لا يأخذ إلا كراء ما سكن، كلما سكن شيئًا أخذ حسابه، أو فسخ بقية المدة.

والفرق بين المشترى يهدم الدار ولا يطالبه المستحق بما نقص الهدم، وبين المشترى يلبس الثوب فينقصه اللبس، يلزمه نقص اللبس: أن فى اللبس إنما يؤدى قيمة ما انتفع به، والهدم لا يقع له.

قال التونسى: إذا استحق ثلث الدار بعد أن أكراها المشترى فلم يسكن شيئًا، فأراد إجازة الكراء فلا اعتراض فى ذلك؛ لأنها إجارة بثمن معلوم، أو بعد أن سكن، امتنع على أحد القولين؛ للجهل بما بقى، وأما إذا استحق ثبت وبقى ما فيه ضرر على المكترى؛ لقلته، فله رد القيمة إذا لم يعجل المستحق، ولا ينظر إلى ما تقدم له من السكنى حتى يصير المستحق فى جانب الجملة، إذا كان الباقى له يضر به المقام فيه.

وقد اختلف فى الدارين يستحق من أحدهما شيئًا له بال وهو الأول، وما فيها من الدار الأخرى الجل، والمستحق من جملتها اليسير، فلم يعتبر ذلك ابن القاسم فى المدونة، واعتبر كل دار فى نفسها، ولم يضف بقية المستحق منها إلى الدار الأخرى، فإذا استحق من إحداها الجل ردها، وإن كانت الأقل.

قال ابن يونس: الفرق بين ما تركه المكترى من قيمة الهدم للهادم، وبين ما حابى به من الكراء: أن الحابى دفع حقًّا للمستحق إلى المكترى، فيبدأ بالرجوع عليه؛ لأن

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

الخطأ والعمد فى أموال الناس سواء، وتارك القيمة للهادم لم يلف شيئًا كان بيده، إنما ظن أنه وجب له شيء قبل هذا المتعدى فترك أخذه منه، فيأخذه مستحقه، ولو هدمها المكترى لم تلزمه القيمة، إنما له النقض بعينه إن وجده، وإن بيع فثمنه.

قال: وكذلك ينبغى فى الثوب إذا قطعه.

وظاهر المدونة: لا يضمن فى الثوب، بخلاف كتاب محمد، وفرق محمد: أن الثوب لا يرجع لهيئته، والدار والخلخال يرجعان إلى هيئتهما.

قال: وليس بالبين، بل إذا ضمن المشترى جناية الخطأ فى العبد إذا اشتراه فى أحد القولين، ضمن فى القطع والهدم، وإذا استحق بيتا من دار عظمى لا يضرها ذلك، لزم البيع فى بقيتها ورجع بحصة ما استحق منها، وكذلك النخل الكثيرة، تستحق منها النخلات اليسيرة، وأما نصف الدار أو دونه مما يضر بالمشترى - وإن كان العبد - فيخير فى ردها كلها وأخذ الثمن، والتمسك بالباقى بحصته من الثمن، ولو استحق ثلثها معينا يكثر ضرره، فليس له حبس الباقى بحصته؛ لأنه لا يعلم إلا بعد التقويم، بخلاف ما استحق على الأجزاء.

وعن ابن القاسم: التسوية بين الكراء والشراء فى التخيير بين التمسك بالباقى والرد.

قال غيره: وليس الكراء كالشراء، ولا يتمسك المكترى بما بقى إن استحق نصف الدار أو جلها؛ لاختلاف قيمة الشهور، قاله سحنون.

وقال غيره: إنما يصح قول سحنون إذا سكن بعض السكنى [...][1] وإن اختلفت قيمة الشهور؛ لأنه إن استحق الثلث، سقط عنه ثلث الكراء أو النصف.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتعتها فاستحق منها بيت بعينه هو [...][2] بقيتها ورجعت بحصة المستحق، وكذلك النخل الكثير استحق منها النخلات اليسيرة [...][3]؛ لأن الأقل تبع للأكثر، أما نصف الدار أو دونه مما يضر بالمشترى فيخير[4] فى ردها كلها وأخذ الثمن؛ لأن التفرقة عيب، له به الرد كسائر العيوب،

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

والتمسك بما بقى بحصته، وكذلك إن اكتريتها.

وقال غيره: لا يتماسك بما بقى فى الكراء إن استحق النصف للجهالة بما ينوب أجرة الباقى؛ لأن الشهور قد يختلف كراؤها.

قال التونسى: تمتنع إجارته بعد السكنى على أحد القولين؛ للجهل بالماضى والباقى، فإن استحق الثلث وبقى ما فيه ضرر على المكترى؛ لقلته له رد البقية إذا لم يجز المستحق الكراء، ولا ينظر إلى متقدم السكنى حتى يصير المستحق يسيرًا؛ لأن الباقى يضر، فإن استحق من إحدى الدارين شىء له بال، وهو أقل منهما، اعتبر ابن القاسم كل دار على حدة.

قال ابن يونس: يريد فى الكتاب: إن استحق ثلث بعينه يرد به الصفقة لكثرة أو ضر، وليس له حبس الباقى بحدته؛ لأنه لا يعلم إلا بعد التقويم بخلاف الشائع، ويعنى غيره بالمكترى: إذا اختلفت قيم الشهور، قاله سحنون.

قال أبو محمد: إنما يصح ذلك إذا سكن بعض السكنى، وإلا فليس مجهولا وإن اختلفت الشهور؛ لأنه إن استحق الثلث سقط الكراء أو النصف.

قال اللخمى: وجه التنفيذ مع الجهالة: أن العقد الأول منعقد لا ينفسخ إلا برد المكترى، وإن استحق جزؤها وهى لا تنقسم، خير المكترى بالرد بعيب الشركة.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتعت عبدا أو دارًا من غاصب ولم تعلم، فالغلة لك فى الماضى دون المستحق، وكذلك إذا وزنت ولم تعلم الشبهة تصور السبب، فإن علمت أن الواهب لمورثك غاصب، فالغلة للمستحق؛ لعدم الشبهة، ويحمل على الحد مع الجهل؛ لأن الأصل: عدم العدوان.

ولو وهب لك وأنت عالم بالغصب، رجع المستحق بالغلة على أيكما شاء؛ لعدم الشبهة، وإن لم يعلم، رجع على الغاصب بالغلة، فإن كان عديمًا رجع عليك؛ لأنه المباشر للإتلاف.

وكذلك لو وهب لك ثوبا أو طعامًا فأكلته، أو لبست الثوب حتى أبليته، أو دابة فبعتها وأكلت ثمنها؛ لعدم الشبهة، ويرد الغاصب ووارثه الغلة.

قال ابن القاسم: لا يكون الموهوب فى عدم الواهب أحسن حالا من الوارث؛

---

(١) فى ط: فى خير.

لأن من ابتاع قمحا فأكله، أو ثوبا فلبسه، أو شاة فأكلها، فعليه للمستحق المثل فى المثلى، والقيمة فى غيره.

ولو هلك بيده بغير سببه وانتفاعه ولم يعلم بالغصب وقامت بهلاك ما يغاب عليه من ذلك بينة، لا شيء عليه، ولا يضمن ما هلك من الحيوان والرَّبْع، أو إن عدم بغير سببه، وكما كان المشترى حين أكل ولبس له [. . .][1] الاتباع الضمان كل من وهبه غاصبًا غاصب فاستعمل [. . .][2] الواجب؛ لأخذه هذه الأشياء بغير ثمن.

فى (التنبيهات) قوله: إن علم أن الواهب لوارثه غاصب لهذه الأشياء من المستحق، فالغلة للمستحق، خلافه فى كتاب «الغصب» ؛ لأنه لا غرم على الغاصب لغلة الحيوان.

قال التونسى: المشترى إذا أكل الغلة ولبس الثوب، يضمن للمستحق قيمة ذلك كله، واختلف: إذا أخطأ على العبد فقتله، وإذا وهب ما اشترى، لم يضمن، ورجع على الموهوب إن انتفع، وإن هلك فى يده بأمر سماوى، لم يلزم واحدًا منهما شيء، ورجع المستحق على الغاصب.

قال ابن يونس: معنى قول رسول الله ﷺ: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[3]: أن المشترى الشيء إذا اغتل وهلك، كان منه، وذهب الثمن الذى نقد فيه، فالغلة له بضمانه، ولا غلة لموهوب وهبه غاصب فى عدم الغاصب، إذ لا يضمن ثمنًا نقده، ولا ضمنه من وهبه، وإنما تجب الغلة بالضمان فى الشراء دون الغصب.

وعن أشهب: أن المستحق يتبع أيهما شاء، الغاصب الواهب أو الموهوب إذا هلك الموهوب بيده، واحتج بالبيع أن لمستحق الطعام طلب الغاصب به أو طلب المشترى الآكل له إذا لم يجز البيع.

وقال - أيضًا -: إن من وهبه الغاصب الغلة له إذا لم يعلم بالغاصب كالمشترى لظاهر الشبهة، ولم يختلف ابن القاسم، وأشهب أن ما استعمل من قليل أو كثير أو سكن أو زرع له، ولا شيء عليه من غلة ولا كراء إلى الغاصب الذى باع منه، ويرجع المشترى بالثمن على الغاصب، ولا يحاسبه بشيء من غلة أو كراء، إلا أن

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) تقدم

يعلم المشترى بغصبه قبل الشراء فيكون كالغاصب قبل الشراء.

وعن ابن القاسم: إذا ابتاع نخلًا فيها ثمرة لم تبدأ ولا شيء فيها، فقام المستحق وفيها ثمرة قد طابت، فيأخذها ما لم تيبس أو تجذ، وعنه: ما لم تجذ.

قال محمد: فإن يبست أو جذت، لم يأخذها بعد ذلك؛ لأنها صارت غلة للمبتاع، ولو كانت مؤبرة عند الشراء، واشترطها المبتاع، فهى للمسمى، يبست أم لا، أو بيعت أو أكلت، ويرد فى فوتها مثلها إن عرفت المكيلة، أو القيمة إن لم تعرف، أو ثمنها إن باعها، وله فى ذلك قيمة ما سقى وعالج.

قال فى المدونة: روى أبو داود: أن رجلًا ابتاع غلامًا فأقام عنده ما شاء الله، ثم وجد به عيبًا فخاصمه إلى النبى ﷺ، فقال الرجل: يا رسول الله: قد استعمل غلامى، فقال النبى ﷺ: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» والصحيح: اعتبار عموم اللفظ دون خصوص السبب، كما تقرر فى علم الأصول.

وفى حمل هذا الحديث على عمومه فى الغاصب والمشترى، ومن ضمن بشبهة أو بغير شبهة، أو يقصر على سببه وهو من ضمن بشبهة[1]، قولان لمالك وللعلماء، وهما على القاعدة، وتفرقته بين الحيوان وغيره، استحسان.

وما استحق مما لا ضمان فيه على المستحق منه، فإن رأى فيما استحق من يده ثمنًا كالمشترى فقبل الغلة بالثمن الذى أدى؛ لأنه ضامن للثمن الذى دفع فى عدم البائع إن تلف ذلك الشيء، قاله ابن القاسم [. . .][2] ترد الغلة؛ لأنه إن تلف رجع بالثمن، فلم يكن ضامنًا لشيء [. . .][3] الغلة على الضمان، وما لم يؤد فيه ثمنًا، ولا ضمان عليه فيه [. . .][4] فيرد الغلة اتفاقًا؛ لسقوط الضمان عنه فيما اغتل أو سكن، فإن سكن ولم يكن فإنما لك فى رده الكراء لمن حجبه، قولان: الأصح: الرد، وأما الحبس يستغله بعض المحبس عليهم وهم يعتقدون انفرادهم به، فرواية ابن القاسم فى الهبات: لا يرجع الآتى عليهم بشيء.

ورواية ابن زياد فى المدونة: يرجع، وهو القياس.

---

(١) فى ط: بشبهو.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.

وعن ابن القاسم: يرجع بالغلة دون السكنى، ولا فرق فى القياس بين الحبس وغيره، ولا بين الاستغلال والسكنى.

قال: فإن قيل: الموهوب والوارث، لهما الغلة ولم يؤديا ثمنًا ولا ضمان عليهما، فالجواب: أن الوارث والموهوب يحلان محل الواهب والموروث فى وجوب الغلة لهما، ألا ترى أن الواهب والموروث لو كانا غاصبين نحلهما ورد الغلة.

وفى الحد الذى يدخل المستحق فى ضمان المستحق حتى تكون الغلة له، ثلاثة أقوال: حين القضاء له به، وهو الذى يأتى على قول مالك فى المدونة، وعلى هذا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفًا يحال بينه وبينه، ولا توقيف عليه، وهو قول ابن القاسم فى المدونة: إن الرباع لا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفًا يمنع من الإحداث فيهما.

والثانى: يدخل فى الضمان، وتكون له الغلة، ويجب توقيفه وقفًا يحال بينه وبينه، إذا ثبت له بشاهدين أو شاهد وامرأتين، وهو ظاهر قول مالك فى الموطأ فقال فيه: إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق، وهو قول غير ابن القاسم فى المدونة؛ لقوله: إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعى حقه وكلف المدعى عليه الدفع.

والثالث: يدخل فى ضمانه، وتجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد.

روى عن ابن القاسم ذلك قال: يحلف مع شهادة شاهد وتكون المصيبة منه، والنفقة تجرى على هذا الخلاف.

وفى التفرقة بينهما قولان، والتسوية القياس، وظاهر المدونة: التفرقة، وهو اختلاف قول.

واختلف فى الحد الذى تكون به الثمرة فى الاستحقاق غلة فيكون للمستحق بالطيب أو اليبس أو الجذاذ ثلاثة أقوال.

وهذا إذا اشترى الثمرة قبل إبان الثمرة، أما بعد الإبان، فللمستحق على مذهب ابن القاسم، وإن جذت.

وعلى رأى أشهب: ما لم تجذ.

وإذا جذت فللمشترى، وأما إن اشتراها والثمرة مزهية واشترطها:

ففى الموازية: للمستحق مطلقًا، وإن جذها أو أكلها، ويغرم المكيلة إن تلفت،

وإلا فالقيمة، أو الثمن إن باعها أو[1] فاتت، وإن كانت في يد مبتاعها، خير في أخذها وإنفاذ بيعها، وإن بلغت عند المبتاع، فليس إلا بالثمن على القول بأنها لا تصح [. . .][2] إلا باليبس والجذاذ، وعلى القول أنها غلة له بالطيب فلا حق له فيها [. . .][3] أنها صارت غلة بالطيب، ويرجع المستحق منه بما ينوب [. . .][4] يسقط عنه قسط الثمرة؛ لبقائها بيده، إلا أن يشتريها من غاصب ومن مشتر اشتراها بعد الإبان على مذهب ابن القاسم؛ فهي ثلاثة أقوال: الشراء بعد الإبان بثمرتها، أو قبلها، أو بعد الإزهاء والطيب.

نظائر: قال اللخمي: الغلة للمشتري في خمسة مواطن:

الاستحقاق، وإذا وجد عيبًا، أو وجد الشراء فاسدًا إن نقض، أو يرد بفلس، أو أخذ بالشفعة.

وكذلك لمن صارت إليه عن المشتري من وارث أو موهوب له أو وارث موهوب له؛ لأنه يحل محله، ولا غلة لوارث إذا طرأ عليه وارث مثله في المنزلة، أو قرب منه، فإن كان الوارث ولدًا طرأ عليه وارث ولد آخر، انتزع منه نصيبه، وكذلك طروء الوالد على الأخ ينتزع منه الجميع؛ لأنه كان غير ضامن لما استغل.

نظائر: قال العبدي: تؤخذ الثمرة في خمسة مسائل:

يأخذها الشفيع، والمستحق مع الأصل إلا أن ييبس، أو يكون قد تولدت بعد الشراء، ويرد في البيع الفاسد في الرد بالعيب ما لم تطب، فإذا طابت، فللمبتاع يؤخذ في الفلس ما لم تزايد الأصول، وفي بعضها خلاف.

قال اللخمي: اختلف في الغاصب في أربعة مواطن:

هل يغرم ما استغله بنفسه.

وهل يغرم ما استغله المشتري منه.

وهل يغرم ما لم يغتله، مثل: أن يغلق الدار ويبذر الأرض؟

والرابع: إذا اغتل الموهوب منه، فعند ابن القاسم كالمشتري من الغاصب،

---

(١) في ط: إن

(٢) بياض في ط.

(٣) بياض في ط.

(٤) بياض في ط.

وعلى الغاصب قيمة ما سكن واستغل، فإن أعدم أو غاب، غرم الموهوب له.

وقال أشهب: لا شيء عليه؛ كالمشترى، والأول أحسن؛ لأنهم لم يختلفوا فى وارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب: أنه يلزمه، فكذلك الموهوب له.

فرع: فى الكتاب: إذا ادعى الحرية غريب فاستعنته فى عمل له بال بغير أجر، أو وهبك مالًا فلمستحقه قيمة عمله عليك، والمال الموهوب؛ لأنها منافع ماله، وما لا بال له كسقى الدابة يسقط؛ لأنه مباح بالعادة.

فى النكت: قال بعض الشيوخ: لو استأجرته وأتلف الأجرة قبل قدوم السيد، فلا غرم عليك إن كان ظاهره الحرية؛ لأنك لم تتعد فى الدفع إليه.

وقال بعض شيوخ صقلية: وإن طالت إقامته بالبلد واستفاضت حريته، فكذلك، وإلا غرمت الأجرة مرة أخرى؛ لضعف العذر.

وقيل: يغرم ثانية مطلقًا؛ لأن العبد بائع لسلعة مولاه، وهى خدمته، وهو غير مأذون له فى ذلك، فقد دفعت لغير مستحق، فلا يبرأ.

قال عبد الحق: وهذا أقيس، والأول أشبه بالمدونة؛ قياسًا على من أنفذت وصاياه، وبيعت تركته، ثم استحقت رقبته، وقد كان معروفًا بالحرية أو غير معروف.

قال ابن يونس: فى الموازية: إنما يأخذ سيده قيمة عمله إذا كان قائمًا، فإن فات فلا شيء عليه، وجعل ما عمل كعين قائمة إن وجدت أخذ سيده قيمتها؛ لأن منافعه لسيده وهبها، فأشبه هبة الغاصب الذى لا يرجع عليه؛ لعدمه أو لعدم القدرة عليه، فرجع على الموهوب؛ لتعذر رجوعه على [...][1] نفسه فكان الأشبه الضمان، فات أم لا.

فرع: فى الكتاب [...][2] ثمنه غرمه الهالك بيده بغير سببه ببينة تسقط العدم [...][3] الغاصب لضمان الغاصب الغلة لمتعديه بخلافه، إلا فى عدم الواهب؛ لأنك المباشر، إلا أن يعلم بالغصب فيكون متعديًا كالغاصب.

نظائر: قال العبدى: المستحق للهبة ثلاثة أقسام؛ لأن الواهب إن كان مشتريًا،

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

رجع على الموهوب، أو غاصبًا فعلى الواهب أولًا عند ابن القاسم، وعلى الموهوب إن عدم الواهب.

هذا إذا لم يعلم الموهوب بالغصب، فإن علم رجع على أيهما شاء، واختلف فى الوارث:

فقيل: كالمشترى.

وقيل: كالغاصب.

فرع: قال: لو ابتعت من غاصب لم يعلم به عقارًا أو ثوبًا أو نخلًا فأثمرت عندك، فالغلة والثمرة لك إلى يوم الاستحقاق بضمانك، ولو كان وهبك، رجع المستحق عليك بالغلة فى عدم الغاصب؛ لأنك لم تضمن فى ذلك ثمنًا أو أديته، ولك من الغلة قيمة عملك وعلاجك.

فرع: قال اشتريت بدراهم فأذيبت دنانير، رجعت فى الاستحقاق والرد بالعيب بما أذبته من العين بعضه على بعض؛ لأنه الذى تحقق ثمنًا، ولو دفعت فى الدنانير عرضًا، رجعت بالدنانير؛ لفرط التباين، والنقدان جنس واحد فى الزكاة، ولو استحق العرض من البائع ورجع عليك بالدنانير؛ لأنه ليس ثمنا للسلعة بل صفقة؛ كما لو قبض الدنانير فاشترى به عرضًا.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا رجع فى الدنانير عرضًا ثم استحقت السلعة المشتراة، رجع بقيمة العرض يوم أخذه إن فات، إن استحق العرض المأخوذ بدفع الدنانير على المبتاع، حاباه أم لا، وقاله مالك وأصحابه.

والفرق بين استحقاق هذه السلعة والسلعة الأولى: أنا نجعل كأنه باع الأولى بمائة فدفع فيها السلعة الثانية، فإن كانت تساوى مائة رجع بمائة لا ثمنها، وإن كانت تساوى خمسين لما استحقت رجع بثمنها ومما وهبه؛ لأنها هبة للبيع تنتقض بانتقاضه، وأما إن استحقت السلعة الأولى فباستحقاقها بطل ثمنها، فلو لم يدفعه لم يكن عليه شىء، وإن دفعه أو بعضه رجع بما دفع، فإن كانت التى دفع تساوى مائة، رجع بها، وإن كانت تساوى خمسين فردها إليه أو قيمتها إن فاتت، لم يطلبه، ولأنهم لم يوفوا لها ثمنًا من ثمن الأولى فوجب ردها إليه أو قيمتها.

ولو قال مستحق الأولى: أنا أجيز البيع، وآخذ الثمن من المبتاع، كان ذلك له؛ لأنه لم يدفعه فهو باق للمستحق فى ذمته، ولو قال: آخذ الثانية لأنها ثمن سلعتى،

منع؛ لأنه إنما يصير له إذا أجاز البيع، ومن تعدى على ثمن فاشترى به شيئًا، لم يكن لديه ما اشترى به، وإنما له مثله.

ولو باع عبدًا بجارية فأخذ منه فى الجارية عشرة دنانير، واستحق العبد، رجع صاحب الجارية بالعشرة؛ لاستحقاق الجارية التى هى ثمن العبد فيرجع على بائع العبد بثمن الجارية [. . .](١) وإن استحقت الجارية رجع بثمنها عشرة، فإذا قبضها صار ك [. . .](٢) العبد فيرجع به أو بقيمته إن فات.

قال مالك: وإذا باع السلعة وأخذ فى الدنانير دراهم، ثم استحقت السلعة، رجع المبتاع على البائع بالدراهم، وللمستحق إجازة البيع وأخذ الدنانير؛ لأنها لم تقبض، ويرجع المشترى على البائع بالدراهم؛ لأنها صرف ولم ينتقض.

وعن سحنون: إذا باع بمائة دينار فأخذ فيها ألف درهم فاستحقت الدراهم، يرجع بالدنانير التى باع بها السلعة، ورآه صرفًا لا يرجع فيه بمثل الدراهم.

قال: لأن مالكًا قال: إن استحقت السلعة، رجع المشترى بالدراهم على البائع؛ لأن الرجوع بالدنانير صرف مستأخر، وكذلك قال أشهب: إذا صرف بالدنانير دراهم وأخذ بالدراهم سلعة، فوجد بالسلعة عيبًا، فردها - رجع بدينار، ولو رجع بالدراهم صار صرفاً.

وقاله مالك.

وعن سحنون: إن باع عبدًا بثوب وأخذ فى الثوب دراهم، واستحق العبد، رجع بالدراهم؛ لأن العبد استحق ورجع مشتريه فى ثمنه وهو الثوب، فاستحق من يد نفسه، فلما استحقه رجع على بائعه أخيرًا وهو صاحب العبد بما دفع إليه وهو الدراهم.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتعتها فوطئتها بكرًا أو ثيبًا، فاستحقت بملك أو حرية، فلا صداق ولا أرش نقص؛ لأن ذلك بالضمان، ولمستحقها أخذها مع قيمة الولد؛ لأنه كجرها، وقد تلحق على الحرية فيمتنع أخذه، فتتعين القيمة يوم الحكم عبدا، قاله مالك، وابن القاسم، وجماعة الناس.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.

ثم رجع مالك لقيمتها وقيمة الولد؛ لئلا يتضرر.

فعلى الأول: يرجع على البائع بالثمن دون ما أديت من قيمة الولد؛ كما لو باعك ودلس بالسرقة، فسرق العبد متاعك، لم يضمن البائع المسروق، فإن أخذ منك الأمة وأنت معدم، اتبعك بقيمة الولد، ولو كان الولد مليًا أدى القيمة، ولا يرجع بها عليك إن أيسرت؛ لأنها عنه، وإن كنتما مليين، فعليك دونه، ولا ترجع عليه؛ لأنك المباشر إتلافه على مستحق الأمة، أو معدمين، اتبع أولكما ملاءة؛ لتقدم سبب الغرامة فى حقكما، ولا يلزم الابن قيمة أمة، كنت مليًا أم لا؛ لعدم عود نفع ذلك عليه.

قال غيره: لا شيء على الابن من قيمته أيسرت أم لا؛ لأن الغرم يتبع الإتلاف ولم يتلف إلا أنت بالاستيلاد، وليس للمستحق فيمن مات من الولد قيمة؛ لأنه كالأمانة الشرعية[١] فى ثوب تلقيه الريح فى حوزك، والولد لاحق النسب، له حكم الأحرار فى النفس والجراح والغرة قبل الاستحقاق وبعده، لتخلفه على الحرية، ولك دية قتله خطأ؛ لوجوب قيمته عليك، وعليك الأقل من القيمة يوم القتل عبدًا؛ لأنه يوم الجناية، أو ما أخذت من الدية؛ لأنها بدله، والأصل قد أخذته من زيادة أحدهما فيجب الأول، وإن اقتصيت فى العمد فلا قيمة عليك، لعدم يوم الحكم، وتغرم قيمة الحى. وإن جاوزت الدية، وإن أخذت دية اليد فى الخطأ، فعليك قيمته أقطع يوم الحكم، وينظر حكم قيمته صحيحًا أو أقطع يوم الجناية، فعليك الأقل بما بين القيمتين، أو ما قبضت من دية اليد[٢] ولو أخذت فيه غرة، فعليك الأقل منها، أو عشر قيمة أمه يوم الجناية؛ لأن الغرة عشر قيمة الأم، أصلها خمسون دينارًا دون ما نقصتها الولادة؛ لأنها لو ماتت لم يلزمك قيمتها.

فى التنبيهات: لو قطع يد الولد خطأ وقيمته أكثر من ألف دينار، فأخذ الألف دية ولده:

قال: يغرم الوالد قيمة الولد أقطع يوم يحكم فيه، فإن كان بين قيمته صحيحًا

---

(١) فى ط: الشريعة.

(٢) فى ط: اليد لما (...).

وأقطع يوم يجنى عليه قدر ما أخذ الأب من دية الولد أغرمها، أو أقل، غرم ذلك، وكان الفضل للأب، أو أكثر، لم يكن عليك.

واختصار هذا: أن عليك قيمته مقطوعًا يوم الحكم، والأقل مما أخذت من دية الولد، أو ما نقصه القطع من قيمته يوم الجناية بأن يقوم ثلاث تقويمات يوم الجناية: سليمًا، وأقطع، وقيمته اليوم، ويضاف ما بين القيمتين إلى قيمته اليوم أقطع، فيأخذها السيد إلا أن يكون ما بين القيمتين أكثر من دية اليد التى أخذت، فيزاد عليها.

ولو كان القطع يوم الاستحقاق ولم تتلف القيمة من يوم القطع أو يوم الاستحقاق، لدفعت الأقل من قيمته سليمًا الآن، لا قبل قطعه، ومن قيمته مقطوعًا مع ما أخذت من ديته، ولا يحتاج إلى قيمتين سليمًا ومقطوعًا، فإن كانت قيمته سليمًا أقل، لم يلزمه سواها، وكان ما فضل للأب أو الابن، وإن كانت القيمة أكثر من ذلك كله، لم تلزمك إلا قيمته مقطوعًا ودية.

وقوله: «الفضل للأب»، خالفه سحنون، وقال: الفضل للابن، وتأول بعضهم ذلك: أن معنى أنه للأب، أى: النظر فيه للأب؛ لأن الولد تحت نظره؛ لأنه ملك للأب؛ ولأنه أرش جناية الولد فلا يستحقه الأب، كما قال فى أول المسألة: إذا قطعت يد الولد يأخذ الأب نصف دية ولده، وإنما يريد: يقبضها له؛ لصغره.

وعن سحنون: الدية كلها للابن، وعلى الأب غرم ديتها من ماله، ما لم يجاوز ما أخذ فيه، ثم توقف فى المسألة وهو موضعه؛ لأنه إن قال: قيمة جميعه لازمة فيبقى أرش اليد للولد، فلم قال لا يلزمه على ما زاد على ما أخذ فى اليد.

وعن سحنون: قول ثالث: ألا يكون عليك من قيمة يد ولده شىء، وإنما الدية للابن، وإنما عليك قيمته أقطع.

قال: وقوله فى الكتاب: إنما عليه الأقل من الدية التى أخذ، يرد هذا كله، قال: فإن قيل: الدية ههنا للأب بكل حال بموقف الولد، قيل: ذلك بالوراثة عن الولد؛ كما لو مات بعد قطع يده لصارت الدية للأب على كل قول، فلا فرق.

قال: فمسألة أم الولد المستحقة دليل الكتاب، ومفهومه: الأقوال الثلاثة المروية عن مالك:

أخذها وقيمة ولدها.

وأخذ قيمتهما معًا، وهذان معًا فى الكتاب.

وقيمتها فقط لأكثر المذهبين.

والصواب: المراد فى الكتاب: على السيد الذى ولدت منه الولد لا سيما والإقرار زور، وقد يكون تحتها، وقيل: يغلب ضرر سيدها؛ لأنه قد يكون تحتها، وضرورة المالك مقدمة على غيره، وقد يكون المستحق منه عديمًا بالقيمة فيكون ضررًا على السيد.

وفى النكت: إذا أخذ قيمته، رجع المشترى على البائع بالثمن كله، أقل مما دفع من القيمة أو أكثر؛ لأن أخذ قيمتها كأخذ عينها، وفى أخذ العين: يرجع بالثمن؛ لانتقاض البيع، وكذلك القيمة. والفرق بين الفادى لامرأته من الأسر لا يرجع عليها؛ لأنه فدى منافعه، ودافع القيمة ههنا أيضًا. فتوصل بها لمنافعه: أن هذا مجبور على القيمة وقد دفع ثمنًا على أنها ملك له، لا شىء عليه غير ما دفع فانتقض البيع، وذلك مختار، فلا يرجع بشىء.

وعن ابن القاسم: لو قتل الولد عمدًا فصالح فيه على أقل من الدية، فعليه الأقل من ذلك وقيمته يوم القتل، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة، رجع على القاتل بالأقل من باقى القيمة أو باقى الدية.

قال أبو محمد: لو عفا الأب عن قاتل ابنه عن غير شىء، ثم أتى المستحق، فلا شىء له على الأب، وله على القاتل الأقل من قيمة الولد يوم القتل أو الدية، واحتج بقول ابن القاسم المتقدم.

وقال ابن شنبوذ : لا شىء له على القاتل خلاف عفو الأب على مال، وقاسه على عفو البنين عن غير شىء أنه يجوز على البنات فى كتاب الديات، أو عفوا على مال اشترك جميعهم فيه، وكذلك ههنا؛ لأن القتل للبنين دون البنات، كما هو ههنا للأب خاصة.

قال: واعلم أن الولد إذا قتل إنما يغرم الأب ما وصف من الدية إذا قبض ذلك، فإن لم يقبض ذلك أخذها المستحق منجمة حتى يستوفى الواجب له، وكذلك إن يقبض الغرة أخذ المستحق عشر القيمة من العشرة؛ كما يأخذ ذلك من الدية إذا قتل.

قال ابن يونس: إنما لزمك قيمة الولد؛ لأنه ليس بغلة، ولا يرق فيأخذه السيد؛

لتخلفه على الحرية بالشبهة فى الغرور بالشراء أو النكاح، وجعلت القيمة يوم الحكم؛ لأنهم أحرار فى الرحم، ولا قيمة لهم يومئذ، فلا يجعل يوم جعلت ضامنًا، ولا يضمن إلا المتعدى.

وأما ما روى عن عمر - رضى الله عنه - من القضاء بمثل الولد المستحق، فمعناه: على مقاديرهم، وفى حديث آخر: قيمتهم.

ولو كان يخرج بالقيمة من رق، كان ولاؤه للمستحق، ولو كانوا إذا كان جدهم أو أخاهم أن يعتقوا عليه وليس كذلك، بل هو حر بسبب أبيه، وليس للمستحق سبب يصل به إلى رقه، كأم الولد يحيا[1] لا يمكن من إسلامها. وكانوا مثل ذلك القيمة فيه يوم الحكم، وهو قول مالك، وابن القاسم، وغيره إلا المغيرة قال: القيمة يوم ولد.

قال ابن القاسم: وإن كانت حاملًا يوم قيامه لانتظر ولادتها، فيأخذ القيمة يوم تلده.

وقال المغيرة: إن استحقت بحرية، لها صداق؛ لأنه مقابل وطء الحرة، وابن القاسم يرى أنها وطئت على الملك، والمملوكة لا صداق لها، ولذلك يقول: لو اغتلها، الغلة له.

قال: والأشبه: أن لا غلة؛ لأنه غير ضامن؛ لأنها لو ماتت رجع بثمنه.

ووجه قوله: يأخذها المستحق؛ لأنها مملوكة، واستيلاد الغير لا يمنع، وكأنها ولدت من نكاح، وقد ثبت أنها لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة فولدت، لا يمنع ذلك أخذها [. . .][2] بشبهة الملك وشبهة كل عقد مردودة إلى صحيحه [. . .][3] وكذلك ولدها، والقيمة تدفع حق المستحق.

ووجه قوله: ليس له رد قيمتها [. . .][4] لوطء؛ لأنه وطء يرفع الحد فتلزمه القيمة؛ كما إذا وطئ أمة ولده أو الأمة المشتركة له ولغيره، ولو ماتت على هذا القول، ضمنها المشترى، كوطء الأب أمة ولده أو الأمة بين الشريكين، وقاله ابن حبيب، ورجع مالك للقول الأول حتى ماتت.

---

(١) فى ط: يحى.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.

قال ابن القاسم: لو رضى المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها، جبرت على ذلك فى قولى مالك جميعًا، فتعطى القيمتين يوم الاستحقاق، ومنع أشهب.

قال محمد: والقياس: لا يلزم قيمتها فى نقص الولادة، وإنما له أن يلزمه ذلك لو قتلها، ولو قتلها غيره، لم يلزمه هو قيمتها؛ لأنه غير غاصب، غير أن ابن القاسم قال ذلك؛ لاختلاف قول مالك فى هذا الأصل.

قال عبد الملك: إن ماتت وبقى ولدها فليس له غير قيمة من وجد منهم، فى قول مالك الأول، وعلى قول الآخر: له اتباعك بقيمتها يوم وطئها؛ لأنك ضمنتها يومئذ، ولا شىء عليك فى الأولاد، وإن كانوا قيامًا، كواطئ أمة ابنه.

وقال محمد: لا شىء عليك فى قول مالك، الذى قال فيه: وهى حية ليس له إلا قيمتها فقط؛ لأنك لست بضامن.

قال: وانظر قوله: إذا كان الأب عديمًا والابن مليًا، أخذ من الابن قيمة نفسه، وهو إنما يأخذ منه قيمة يوم الحكم، فكان يجب [أن يقول:][1] إنما تستحق قيمته يومئذ بماله مما فى يديه، وكيف يصح أخذ قيمته منه؟

قال: وأظن ابن القاسم إنما يقول: يأخذ قيمته بغير مال، وبه يصح قوله.

قال ابن القاسم فى كتاب محمد: لو كان المستحق عمًّا للولد، أخذ القيمة إذ لا يعتق ابن الأخ، والجد لا يأخذ قيمته، وليس له من ولائهم شىء؛ لأنهم أحرار بسبب أبيهم، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة.

قال ابن كنانة: إذا غرمت قيمة الولد وكان له مال اكتسبه، لم تغرم بماله، بل بغير مال كقيمة عبد، ويؤدى ذلك للأب، ولا يؤخذ من مال الولد شىء.

قال سحنون: إذا حكم على الأب فى عدمه ثم مات ابنه بعد الحكم، لم يزل عنه ما لزمه من القيمة؛ كجناية أم الولد والسيد عديم، وكمن حكم عليه من العاقلة شىء رآه الحاكم يوم أعدم.

قال أشهب: ويفى بالقيمة فى تركتك، لا فى مال الولد إذا قام المستحق بعد الموت، فإن لم يترك شيئًا اتبع الولد، فمن أيسر منهم أخذ منه حصة نفسه فقط يوم كان الحكم، وإن طرأ لك مال، أخذ المستحق من كل واحد بما ينوبه فيه قيمته، ولا

---

(١) سقط فى ط.

يأخذ بعضهم عن بعض.

وقوله: إذا قطعت يد الولد وأخذت ديتها، فعليك قيمة الولد أقطع يوم الحكم فيه، والأقل بما نقص القطع أو ما قبضت فى الدية. وسببه: اختلاف القيم يوم القطع ويوم الحكم، وإن كان يوم القطع هو يوم الحكم لغرمت الأقل من قيمته صحيحًا [. . .][1] اليد.

قال محمد: ولو قطع خطأ فديته لك منجمة، والمستحق منها قيمته يأخذ فيها أول نجم، فإن لم يتم، أخذ تمامه من الثانى ومما يليه، حتى يتم، ثم ما يورث عن الابن ما بقى.

وقال أشهب: لا شىء عليك فيما أخذت فى القتل؛ كما لو مات، ولا فى القطع وعليك قيمته أقطع فقط؛ لأن ما أخذته دية حر.

وإذا زوجك بها رجل وغرمت قيمة ولدها مع دفعها، رجعت على من غرك بالصداق كاملًا، ولا يترك له ربع دينار؛ لأنه باع البضع واستحق، فترجع بثمنه ولا ترجع بقيمة الولد؛ لأنه لم يبعه، وهذا أصل مالك، ولو كانت العارية لم ترجع عليها؛ لأن ذلك حق لسيدها، إلا أن يكون ما أعطيتها أكثر من صداق المثل، فيرجع بالفضل، فإن كان أقل من صداق المثل:

قال أشهب: لا يزاد عليه؛ لأنه الذى وقع به الرضا، وعنه يتم؛ لأنه حق السيد، فلا يبطل حقه صنيعها، وتصدق فى أنك تزوجتها حرة، وإن لم تقم ببينة، ولو كذبتك حدت، ولم يلحق الولد، وعلى السيد البينة: أنك تزوجتها على أنها أمة إن ادعى ذلك، وتأخذ الولد، وإلا فهو حر، وله قيمته حالة على الأب يوم يقضى له به، فإن أعدمت، استحسن أن يكون ذلك فى مال الولد، فإن غرمت الأمة عبدًا أو مكاتبًا أو مدبرًا أو معتقًا إلى أجل، فإن أولادهم رقيق معها؛ لعدم حرية الواطئ، فإن استحقت من المشترى بأنها مدبرة، أخذها وقيمة ولدها عبدًا.

قال ابن القاسم: على الرجاء والخوف.

قال: وليس هذا بشىء؛ لأن من باع مدبرًا ومات بالعتق كان الثمن كله للبائع، وعلى هذا ثبت مالك وأصحابه.

---

(١) بياض فى ط.

وإن كانت التى أولدتها مكاتبة:

قال ابن القاسم: تلزمك قيمة الولد رقيقًا، وتوقف القيمة.

قال ابن يونس: ولا معنى لذلك، وليكن ذلك محسوبًا من آخر الكتابة، ويتعجلها السيد، ولو تأخر الحكم حتى حل الأجل، وأديت الكتابة، فلا شىء عليك من قيمتهم، وأما المعتقة إلى أجل، فأم الولد بقيمة الولد على الرجاء والخوف؛ لأن هذا الوصف ملكهم السيد.

قال اللخمى: إذا استحقت حاملًا، جرت على الأقوال الثلاثة:

فعلى القول بأخذها: يؤخرها حتى تضع؛ لأنها [حاملًا محمر][1] فتأخذها وقيمة الولد، فإن أسقطت قبل ذلك أو ماتت، فلا شىء عليك.

وعلى القول بأخذ القيمة دونها: يتعجلها الآن.

وعلى القول الآخر: ليس له إلا أخذ قيمتها يوم حملت، وإن ماتت قبل المحاكمة لم تسقط عنه القيمة.

ويختلف: متى تكون على أحكام الولد، فعلى القول بالقيمة يوم الحمل، هى أم ولد من يوم الحمل، وعلى القيمة يوم الحمل يختلف فيها:

فعلى قول أشهب: لا تكون أم ولد بعد الفداء؛ لأنه أجاز له أن يسلمها إن أحب.

وأما على قول ابن القاسم فى أنه مجبور على دفع القيمة، فيمكن أن يقال: لا تكون أم ولد له؛ لأن افتداءها الآن، ويمكن أن تكون أم ولد؛ كالولد يدفع قيمته يوم الحكم وهو جنين فى بطن أمه.

وإذا استحق وقد أنفقت ديته لم يطالب [. . .][2]؛ لأنهم غرموا بالحرية، ومقاله معك، وإن قتل عمدًا، فالمقال لك فى القصاص والعفو دون المستحق.

واختلف: هل يقوم الولد بماله؟ قاله المخزومى، أو بغير ماله؟ قاله ابن القاسم.

والقياس على القول بأن القيمة يوم الحكم: أن يكون للمستحق مقال فى المال، ولو قيل: إن القيمة على الابن ابتداء، أعسر الأب أم لا، لكان وجهًا.

قال ابن القاسم: ولو مت ولم تدع مالًا، اتبع الولد بالقيمة.

---

(١) كذا فى ط.

(٢) بياض فى ط.

وعلى قول غيره: لا يكون على الابن شىء.

والقياس: لا شىء عليك وإن مت موسرًا؛ لأن القيمة إنما تلزمك إذا قيم عليك، وهذا قد تعذر.

قاعدة: المسقطة للحد الموجبة للحوق النسب، ثلاثة أقسام:

شبهة فى الواطئ: وهو اعتقاده الحق، كمن وطئ أجنبية يظنها زوجة.

وفى الموطوءة كالأمة المشتركة، فإن ما فيها من ملكه مبيح، وما فيها من ملك الغير محرم، فحصل الاشتباه.

وفى الطريق: وهو كون الوطء مختلفًا فيه؛ لأن المجوز مبيح، والمحرِّم حاظر، فيحصل الاشتباه.

تنبيه:

«الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[1]، معناه: يتوقع الضمان، فإنه إنما ضمن على تقدير التلف، وهذا التقدير لم يحصل بعد مع أخذ الغلة الآن، واستحقاقها يكون لتوقع الضمان لا بالضمان نفسه.

فرع: فى الكتاب: له رد ما يبنيه مسجدًا؛ كرد العتق.

وفى النكت: لأنه لو أمر بدفع القيمة، رد كونه مسجدًا وملكه، وهو قد بنى له، وكان هدمه وجعل النقض فى غيره.

ولأنه لو امتنع من القيمة لم يكن إجبارًا لآخر على دفع قيمة الأرض، كما تفعل فيما بنى للسكن لخروج البناء عن يده، وتشبيهه بالعبد من جهة اشتراكهما فى القربة، وإن افترقا فى أن العبد استحقت عينه، والأنقاض لم تستحق، وهى التى عملت مسجدًا.

قال أبو محمد: ويجعل النقض فى مسجد آخر؛ تتميمًا لقصد القربة، فإن لم يكن بموضعه ذلك مسجد، فلينقل النقض لأقرب المساجد إليه، ويكرى على نقله منه، ويجوز لمن أخذه فى كرائه ملكه.

قال أبو محمد: ويحتمل أن معنى قول ابن القاسم فيمن اشترى دارًا مبنية فهدمها

---

(١) تقدم.

وبنى بنقضها مسجدًا فيها ولم يزد فيها على نقضها شيئًا، فيأخذ البناء والقاعة، ولا شىء له عليك فيما هدمت؛ لأنك هدمتها بشبهة، فيساوى العتق حينئذ.

وعلى هذا: إذا أبى المستحق أن يلزمك قيمة النقض منقوضًا؛ لأنك لما بنيت به المسجد فقد أفته؛ لأنه بسبب هدمك لا يتحصل بكماله، وإذا أديت قيمته منقوضًا وهدمته بعد ذلك جعلت النقض فى مسجد آخر؛ لأنك قد أبنته عن نفسك، وجعلته لله، وإن رضى المستحق بأخذ النقض، فله ملكه، ولا يلزمك شىء.

قال التونسى: قال سحنون: معنى ما فى الكتاب: إذا كان غاصبًا، أما لو كان مشتريًا، فله قيمة بنائه قائمًا، [و] يجعل القيمة فى حبس آخر.

وقد يمكن أن ابن القاسم أراد أنه لما حبس الأنقاض، لم يقض فيها بقيمة وإن بنى بشبهة، ألا ترى أن سحنونًا لم يجعل للمغصوب منه أن يعطى قيمة الأنقاض منقوضًا لما كان ذلك إبطالًا للحبس؟! وإذا لم يكن للمغصوب منه إعطاء القيمة منقوضًا، كذلك أنت إنما تعطى قيمة بنائه قائمًا، فإذا وهبت حقك؛ لأن البناء ليس لك، بل لله، وقد قال سحنون فى الذى بنى فى أرض بشبهة فثبت أنها حبس: يقلع البناء، وقاله ابن القاسم.

قيل لسحنون: فكيف يقلع وقد بنى بشبهة؟

قال: فمن يعطيه قيمة بنائه؟

قيل له: فيشتركان.

فأنكر ذلك، فقال بعض الحاضرين: يلزم بيع الحبس، وهو يسمع فلم ينكر.

قيل: أفيعطيه المحبس قيمة بنائه؟

فأنكر ذلك.

فيؤخذ من هذا: أن المشترى يقلع بناءه.

قال اللخمى: القول بهدم البناء وإن كان بوجه شبهة، لم يهدم عليه، وقيل للمستحق: أعطه قيمته قائمًا أو يعطيك قيمة أرضك، فإن كان على وجه التعدى، أعطاه قيمته مهدومًا وبقى له قائمًا.

وقول سحنون أحسن؛ لأن المستحق يأخذ بحق تقديم على الحبس ويرده من أصله، فله إذا ثبت تعديه أن يأخذ ما لا بد من نقضه وهدمه؛ لأن بناء المسجد لا يوافق بناء الدور، فما كان من ذلك لا يستغنى عن هدم هدم وجعل غيره، أخذ

بقيمته، وإن كان بوجه شبهة وأبى المستحق من دفع القيمة للبناء وأبيت من دفع قيمة الأرض، كنتما شريكين، فإن حمل القسم وكان فيما ينوب الحبس ما يكون مسجدًا، قسم، وإن لم يحمل القسم ولم يكن فيه ما يكون مسجدًا، بيع وجعل فى مثله، وأما إذا تقدم أنه بنى أرضًا دارًا ثم ثبت أنها مسجد، لم يكن للبانى قيمته قائمًا؛ لتقدم حق صحيح، وإن ثبت أن القاعة حبس على معينين، قيل للمحبس عليهم: أعطوه قيمته قائمًا ويكون لكم الانتفاع به إلى وقت يسقط حقكم من الحبس بالموت، أو بانتفاء الأجل إن كان مؤجلًا، فإن رجعت الأرض إلى محبسها، كان لورثة المحبس عليهم أخذ قيمة ذلك قائمًا كما كان لمورثهم؛ لأنهم يحلون محله، فإن أبى، كانوا شركاء معهم بقدر ذلك، وإن أبى المحبس عليهم إعطاء قيمة البناء قائمًا، أعطاه مالك الأرض وبقى شريكًا مع المحبس عليهم بقدره، فإن أبى كان البانى شريكًا بقدر قيمة البناء قائمًا، فما نابه، سكنه أو باعه، وما ناب المحبس عليهم سكنوه، فإذا انقضى حقهم فى الحبس، عاد ذلك القدر للمحبس على أحد قولى مالك: إن الحبس على المعينين يعود ملكًا.

وعلى قوله يرجع مرجع الأحباس، فإنما يعطى قيمته قائمًا على أنه يبقى إلى انقضاء حق من حبس عليهم، ولم يهدم.

وعلى قول سحنون: الحبس وغيره سواء، يجوز للبانى قيمة الأرض إذا لم يعط قيمة البناء، ويجعل القيمة فى مثله.

فرع: فى الكتاب: إذا استحق بعض الثياب الكثيرة المشتراة، أو المصالح عليه، أو وجد به عيبًا قبل القبض أو بعده، وهو أقلها، رجعت بحصته من الثمن.

أو وجه الصفقة، انتقضت كلها، ويرد باقيها؛ لفوات مقصود العقد، ويمتنع التمسك بباقيها بحصته، إذ لا يعرف حتى يقوم، فهو بيع بثمن مجهول، ويلزمك فى المكيل والموزون المستحق قليله باقيه، ويرجع بحصته من الثمن، ويخير فى الكثير بين حبس الباقى بحصته ورده، وكذلك الجزء الشائع مما لا ينقسم؛ للعلم بحصته من الثمن قبل الرضا به، والسلع فى صفقة واحدة حصة كل سلعة ما ينوبه من الثمن يوم العقد.

فى التنبيهات: لو علم ما ينوب الباقى من الثياب، فلا بد من رضاهما معًا؛ لأنه بيع مؤتنف.

قال ابن يونس: أجاز ابن حبيب التمسك بالباقى وإن كره البائع؛ لتقدم الرضا والعقد.

فرع: فى الكتاب: صبرتين قمحًا وشعيرًا جزافًا فى صفقة بمائة على أن لكل صبرة خمسين، أو ثيابًا أو رقيقًا على أن لكل واحد من الثمن كذا، فاستحق أحد ذلك - وزع الثمن على الجملة، ولا ينظر إلى ما سمينا؛ لأن الاستحقاق حكمىٌّ كالإتلاف يرجع للتوزيع والكيل لعقد اختيارى.

ولو كان على كل قفيز بدينار، امتنع البيع؛ للجهل بمقدار القمح، وإن كثر ربح المشترى أو قل خسره، فالثمن مجهول، ولو استحق أحد العبدين بحرية وهو وجه الصفقة لرددت الآخر؛ لذهاب مقصود العقد، وإلا لزم الباقى بحصته من الثمن، ويقوم المستحق أن لو كان عبدًا، وكذلك لو كان مكاتبًا أو مدبرًا، أو أم ولد.

فى النكت: إنما يمتنع بيع صبرة قمح وصبرة شعير، كل قفيز بدرهم؛ لما فى ذلك من التخاطر بين المتبايعين، وذلك أن المشترى يطمع أن يكون القمح أكثر فيأخذه بسعر الشعير، والبائع يقول: قل الشعير فبعته منه أكثر بثمن القمح.

ويجوز فى الصبرتين عشرة من هذه وعشرة من هذه، كل قفيز بكذا؛ لعدم المخاطرة بالقلة والكثرة.

قال ابن يونس: وإنما ألغيت القسمة؛ لأنه لم يبع هذا بكذا إلا على أن الآخر بكذا، فبعضها يحمل بعضًا.

وقيل: البيع فاسد، إذا أطلقت البيع هكذا؛ لأنه كالمشترط ألا يقبض الثمن وأن يرجع فى الاستحقاق بما سميا.

قال محمد: فإن كان الثمن لا ينقسم، رجع بقيمة الحصة، ولا يرجع فى عينه؛ لضرر الشركة.

فرع: فى الكتاب: إذا اصطلحتما على الإقرار على عوض باستحقاق، رجعت عليه بما أقر به، إلا أن يفوت بتغيير سوق أو بدن، فقيمته؛ لأن المقر به أحد العوضين، أو على الإنكار فاستحقت ما بيد المدعى عليه فليرجع فى العوض إن لم يفت.

قال التونسى: قيل: لا يرجع فى صلح الإنكار فيما دفع؛ لأنه بدل لتمر المخاصمة، وقد حصل ذلك، فقيل: يرجع به أو بقيمته فى القرب دون البعد؛ لأن فى البعد فوتًا [. . .][1] بقيمتها لولا الصلح، وأما إذا استحق ما أخذ المدعى رجع بقيمته، وهذا أصل [. . .][2] الرجوع إلى الخصومات رجوع إلى غرر، فالرجوع بقيمته ما استحق [. . .][3] كما لا يرجع إلى الدم فى العمد ولا إلى العصمة فى الخلع، التى فاتت، وكذلك يجب فى الغرر لو صالحه على خدمة جنانه بشىء واستحق، رجع بقيمته؛ لأنهما قد خرجا عن الغرر.

وقيل: يرجعان فى الصلح على الإقرار على الخصومة.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن استحق ما بيد المدعى عليه بالبينة والحكم، رجع على المدعى بما دفع.

وقال الطحاوى: لا يرجع بشىء؛ لأنه أقر للمدعى، وإنما أخذ منه ظلمًا.

وقال: هذا قول أهل المدينة.

وقال ابن اللباد: المعروف من قول أصحابنا: إذا استحق ما بيد المدعى فى الصلح على الإنكار، كمدعى دار فيصالح على عبد فيستحق أحدهما:

فعند ابن القاسم: أيهما استحق انتقض الصلح، فإن استحقت الدار، رجع فى العبد، والعبد رجع فى دعواه الدار.

ومنع سحنون الأول؛ لأن دفعه كدفع الخصومة.

وقيل: إن طال الأمر مما يهلك فيه البنيان، لم يرجع.

وعن ابن القاسم: إن ادعى سدس دار فصالح بعد الإنكار على شقص، استشفع بقيمة المدعى فيه، فهذا يرجع فى الاستحقاق فى الدعوى كالبياعات.

وعلى قول سحنون: يستشفع بقيمة السدس.

وقال أصبغ: لا يشفع بشىء.

وعلى قول ابن القاسم: إذا استحقت الدار رجع فى العبد أحسن؛ لأن المستحق من يده يقول للمدعى: إن كنت محقًا فهو شراء، فعليك رد العوض، أو مبطلًا أو

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

يقول الآن: إنها دارى، حرم عليك ما أخذته.

وقال سحنون: إذا استحق العبد أحسن؛ لأن الصلح فى الغالب ببعض قيمة المدعى فيه، فلم يجب الرجوع ببعض قيمة الدار، ولا فى الدعوى كالصداق [فى][1] الخلع ودم العمد.

وإن استحق نصف العبد فللمدعى - على أصل ابن القاسم - رد الباقى، ويرجع على طلبه أو التمسك [والد][2] فى المطالبة بنصف الدار، ثم يخير المدعى عليه فى إمضاء الصلح بنصف الدار ويقول للمدعى عليه: إن شئت تمسكت بنصف العبد على أن لا شىء لك، أو يرده ويرجع فى الخصومة؛ لأنى إنما قصدت بالصلح دفع الخصومة، فإذا كنت تعود إليها تضررت.

وعلى قول سحنون: له الرجوع بنصف قيمة العبد ويرد الباقى بعيب الشركة ويرجع بجميع قيمته، وهو أقيس.

فرع: فى الكتاب: لك عليه مائتان فصالحته على ترك مائة وأخذ عبده ميمونًا، فاستحق، ورجعت بالمائتين؛ لأن من باع سلعة بمائة على أن يأخذ به سلعة نقدًا أو مضمونة مؤجلة، فإنما وقع البيع بتلك السلعة، واعتبر الفعل دون القول.

فرع: قال: إذا استحق المصالح به عن دم العمد، رجعت بقيمته وتعذر القتل بشبهة المصالحة، وكذلك إذا كان صداقًا فاستحق أو ظهر معيبًا، فقيمته، ويثبت النكاح؛ لأن العوض فيه بيع لا يضر استحقاقه، وكذلك الخلع.

قال ابن يونس: قال أشهب: سواء استحق بملك أو حرية.

وقال المغيرة: يرجع فى الحرية بصداق المثل؛ كأنه لم يمهرها شيئًا، بخلاف المملوك؛ لأن [. . .][3] لم يكن لها غيره، وإذا مات فى يديها ثم استحق بملك، فلا شىء لها، كما لو مات [. . .][4] ولم يتضرر بالاستحقاق، يرجع المستحق على الزوج، وإن استحق بحرية، رجعت عليه بصداق المثل؛ لأنه لم يعطها شيئًا.

وفى الكتاب: إن تزوجت بشقص، أخذه الشفيع بقيمته لا بصداق المثل؛ لأن

(١) سقط فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.

القيمة أقرب إلى الثمن الذى هو الأصل، والمكاتب على عرض موصوف أو حيوان أو طعام، فيقبضه ويعتق، رد مثل ذلك فى الاستحقاق، ونفذ العتق.

وعنه: يرجع بقيمة العبد.

قال ابن نافع: إن لم يكن له مال عاد مكاتبًا، ليس بقاء الكتابة عليه.

وقال أشهب: لا يرد عتقه؛ لأن حرمته قد تمت، ويتبع بذلك.

قال ابن القاسم: إن غر بشىء تقدمت له فيه شبهة، رجع مكاتبًا ولو أعتقه على شىء بعينه - وهو مكاتب - لا يرد العتق بالاستحقاق، وكأنه مال انتزعه منه، ثم لو أعتقه، ولو بعته بنفسه بجارية ليست له:

قال: تخير، وهو بعينها فى ملك غيره، فردت بعيب.

قال ابن القاسم: يردها ويتبعه بقيمتها، وهو حر.

كما[1] قال اللخمى: إذا ثبتت الحرية فى العبد أو الغصب وهو صداق:

قال عبد الملك: يفسخ النكاح.

قيل: ويثبت بعد، ولها صداق المثل.

وقال ابن القاسم: لا يفسخ، تعمد الزوج ذلك أم لا، ويرجع بقيمته.

قال أصبغ: وكذلك لو علمت هى بحريته، ولم يعلم هو، إلا أن يعلما جميعًا، فيفسخ.

قيل: ويثبت بعد، ولها صداق المثل.

فرع: فى الكتاب: إذا صالحت على عيب العبد بعد، رجعا صفقة واحدة؛ لأن الثانى يدل على جزء الأول، وإذا استحق أحدهما بعض الثمن عليهما، نظر: هل هو وجه الصفقة أم لا على القاعدة؟

فى التنبيهات: قال أبو عمر: إنما ينظر فى قيمتهما يوم الصلح؛ لأنه يوم تمام البيع فيهما.

وقيل: ينظر فى الأول يوم البيع، والثانى يوم الصلح.

قال اللخمى: قال أشهب: إن استحق الثانى، رد الأول، إلا إن تراضيا على شىء، وإن استحق الأول يفسخ البيع، ويرد الثانى إن كان قائمًا، أو قيمته إن كان

---

(١) فى ط: قام

فائتًا، ويرجع بجميع الثمن، وكأنه قال: أخذ هؤلاء ولا يقام على فى الأول، وكذلك إن وجد عيبًا بالثانى، والأول غير المصالح عليه، فعلى قول ابن القاسم: هما كالصفقة الواحدة.

وعلى قول أشهب: بأيهما وجد العيب ردهما، فإن وجده بالثانى رده، ثم يرد الأول بمنزلة من لم يصالح، أو بالأول رده ورد الآخر؛ لأن البيع انتقض، فإن فات الأول فوجد به عيبًا فصالح عنه بعد المعرفة بقيمته على عبد، ثم استحق الأول، لم ينتقض الثانى، لتعدد العقد فيهما، فإن كان ثمن الأول مائة، وقيمة العيب عشرة، وهى التى تستحق بعد الفوت فى الأول، وهى دين المشترى، أخذ [. . .][1] فإن استحق الأول، رجع مشتريه بتسعين [. . .][2] الثانى، إن استحق الثانى رجع بعشرة.

فرع: فى الكتاب: إن بعت عبدًا لعبد، فاستحق أحدهما، أو ظهر عيب، رجع صاحبه فى الذى أعطى، فإن فات بتغير سوقه أو بدنه، فقيمته يوم البيع، وإن بعته بثوب فاستحق الثوب وقد عتق، رجعت بقيمة العبد، وإن بعته بجارية، فقيمة الجارية، [فإن حال][3] سوقهما أو ولدت أولادًا فاستحق العبد بملك أو حرية، فقيمة الجارية يوم البيع؛ لتعذرها.

وكذلك إن زوجتها ثم استحق العبد، أو ظهر به عيب، فقيمتها يوم البيع، وذلك فوت، أخذت لها مهرًا أم لا؛ لأن التزويج عيب، وإن كانت وخشا، ولا يردها مبتاعها حينئذ إلا[4] بالأرش.

قال اللخمى: إذا باعه بجارية فاستحق، وقد حالت أسواقهما[5]، رجع بقيمته عند ابن القاسم.

وعن سحنون: فى انتقاض البيع فيها وإن تحل أسواقها قولان.

قال: وأرى أن يرد كانت من الوخش أو من العلى، ولو[6] قال المشترى: لم

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) فى ط: فحال.
(٤) فى ط: لا.
(٥) فى ط: أسواقها.
(٦) فى ط: وقال.

أصبها وصدقته، ردت، ولا تحل لك حتى تستبرئها، وإن لم تصدقه، أو قال: أصبتها، لم ترد؛ لأنه إذا غاب عليها بعد المواضعة تستأنف استبراء، وعليك مضرة فى الصبر حتى تستبرئ؛ كما قيل، إذا عقد فيه إجازة أنه فوت لمضرة الصبر. ولو تراضيا بردها، لم يجز؛ لأنه يأخذ عن دين ما فيه موضعة، إلا أن يستحق العبد والجارية فى أول دمها، فلا تكون الغيبة ولا الإصابة فوتًا، وإن استحق نصف الجارية بعد عتق العبد، خير مشتريها فى التمسك بالباقى، ويرجع فى نصف قيمة العبد أو يرد الباقى، ويرجع فى قيمة العبد، ولا يفيت النصف الباقى حوالة؛ لأنه يرده بعيب الشركة، والعيب لا يفيته حوالة الأسواق، وإن لم يعتق العبد، خير مشتريها بين رد الباقى ويرجع فى عين العبد، أو يتمسك، ثم يختلف: هل يرجع فى نصف قيمة العبد أو يرجع شريكًا؟

* * *

باب

فمن شهدت بينة بموته ثم قدم حيًا، فما بيع من [ماله مال][(١)]؛ لأنه بيع بشبهة وطئ بها الفرج واستحل، ووقع بها الضمان، وترد امرأته إليه، وعتق مدبره وأم ولده.

وفرق بين هذه المسائل ومسائل الاستحقاق؛ لتولى [الحاكم بيع][(٢)] ذلك؛ قياسًا على بيع الغنائم، ولقول رسول الله ﷺ للذى وجد بعيره فى المغنم: «إِنْ وَجَدتهُ فَخُذْهُ، وَإِنْ قُسِّمَ فَأَنْتَ أَحَقُّ بِهِ بِالثَّمَنِ»[(٣)]، وإنما فرقنا بين الشهادة بغير تحقيق وغيرها مع أن الحاكم ولى بيع ذلك؛ لأنها [ولا][(٤)] كالغاصب، كما لو باع الحاكم عبدك فى دينك ثم يتبين أنك غصبته، لربه نقض البيع؛ لعدم الشبهة منك، ومن ذلك: بيع الحاكم متاعك فى دينك فى غيبتك، وتأتى فتثبت قضاء دينك، فلا تأخذه إلا بدفع الثمن للمشترى، وهذه قاعدة: كل ما باعه الإمام يظنه لك، فلك أخذه بالثمن، أصله فى المغانم.

قال اللخمى: يحمل الشهود على الكذب إذا [. . .][(٥)] حتى تبين الشبهة؛ لأن الأصل عدمها، والفرق بين المبين يظهر رقه، وبين [. . .][(٦)] على سيده حكم، وإنما حكم بوصية عبده، والقاعدة [. . .][(٧)] تبين أن الحكم لإحراز الثانى على حقه، ولا يفيت ماله عتق، ولا غيره، [. . .][(٨)] كان الأول متعديا أو بشبهة كالمغصوب تتداوله الأملاك ويبيعه الحاكم فى دين، أو تثبت التركة لوارث فيحكم له الحاكم ويبيع، وتتداوله الأملاك، ويعتق الرقيق، وتتخذ أم ولد. ثم تبين أن الوارث

---

(١) كذا فى ط.

(٢) فى ط: بيع الحاكم.

(٣) وروى بلفظ آخر من رواية قتادة عن الحسن عن سمرة: «من وجد عين ماله عند رجل، فهو أحق به ويتبع البيع من باعه» أخرجه أبو داود (٣/٢٨٩) حديث (٣٥٣١)، والنسائى (٧/٣١٣)، وأحمد فى المسند (٥/١٣).

(٤) كذا بالأصل.

(٥) بياض فى ط.

(٦) بياض فى ط.

(٧) بياض فى ط.

(٨) بياض فى ط.

غيره فيأخذ ذلك بغير ثمن، وهذا أصل المذهب، ولا يفيته شيء من ذلك، ولا يأخذ المستحق من الغنائم إلا بالثمن؛ لقول جماعة من العلماء، ولا شيء له فيه، وإن أدركه قبل القسم، وأما الغائب يقدم، فالحكم عليه فيأخذ ماله بالثمن، وجعل مالك تغيره بالزيادة والنقصان فوتًا.

وقال أشهب: لا يفيت العبد في الغنائم العتق، ولا الإيلاد في الأمة، ويأخذه بالثمن، فعلى هذا لا يفوت رقيق المشهود بموته بنماء ولا نقص ولا عتق، وحقه في عين ماله، ويندفع ضرر المشترى بالثمن، وهو أولى من بيع الغنائم بذلك.

فرع: في الكتاب: إن أسلمت دنانير في طعام وغيره، فاستحقت قبل قبض المسلم فيه أو بعده، فالسلم تام، وعليك مثلها، وكذلك الدراهم والفلوس والبيع الناجز، ولو أسلمت عرضًا أو حيوانًا أو مثليًا فاستحق، أو رددته بعيب، انتقض السلم والبيع الناجز قبل القبض أو بعده؛ لبطلان أحد العوضين، ويرد ما قبضه، وإن استهلكته فمثله، ولو استحق المسلم فيه، رجعت بمثله؛ لتناول العقد ما في الذمة دون المستحق.

قال ابن يونس: من منع القيراط بالتبر ينقض السلم إذا استحقت الدنانير.

فرع: في الكتاب: إذا ابتعت على أن يهبك البائع أو يتصدق عليك شيئًا معلومًا، جاز، فإن استحق المبيع وفاتت الهبة، بُعِّض الثمن على قيمتها من قيمة الهبة فيرجع بحصة السلعة من الثمن.

قال ابن يونس: لأن البيع إنما وقع على السلعة وعلى ما شرط من الهبة.

قال: ويريد كانت السلعة وجه الصفقة أم لا إذا كان الثمن عينًا أو عرضًا وقد فات، وإن كان الثمن عرضًا قائمًا لافترق حينئذ وجه الصفقة من غيره، فإن كانت السلعة الوجه، رد قيمة الهبة وأخذ عرضه.

فرع: في الكتاب: إذا قلت: أبيعك عبدي هذا بثوب موصوف إلى أجل وأشتريه منك بذلك، فالعبد رأس المال يبطل السلم باستحقاقه؛ لأنه المعجل في السلم، ولو أسلمت ثوبًا في إردب حنطة، وفي عشرة دراهم إلى أجل أبعد من أجل الحنطة، جاز، فإذا استحق نصف الثوب قبل دفعه أو بعده، خير المسلم إليه في رد باقيه، وينتقض السلم، أو يتماسك ويلزمه نصف الطعام والدراهم، وكذلك البيع الناجز

لبطلان نصف [. . .][1] وكذلك كلما يدخل ضرر الشركة على المستحق [. . .][2] العبد ونحوه مما لا ينقسم.

قال محمد: لو استحق من [. . .][3] شائع، وأخرجه القسم فهو كاستحقاق [واش][4] بعينه. وإلا فهو كبعض مستقل.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلمت ثوبين فى فرس[5] فاستحق أفضلهما، بطل السلم، أو أدناهما، فعليك قيمته ويثبت السلم، وكذلك الناجز.

فى النكت: يريد بالقيمة: ما يخصه من قيمة الفرس فى صفقته إلى أجله لا قيمة الثوب، قاله محمد؛ لأنه سوى بين الناجز وبين هذا السالم، فكيف يستويان؟ ويحمل على قيمة الثوب، وإنما يأتى ذلك فى مثل دم العمد، والخلع، والنكاح مما لا ثمن معلوم لعرضه.

قال التونسى: إذا تكافأ الثوبان فرضى بالباقى، وقال مشترى الطعام: قد ذهب لى نصف الطعام، وقصدى الكثير؛ لرخصه فقد يكون له حجة فى فسخ كاستحقاق نصف الطعام.

فإن قيل: استحقاق نصف الطعام ههنا سببه من قبل [مشترى الطعام لا بائع الثوبين][6].

قيل: قد جعلوا لبائع الثوبين بعبد، فاستحق أحدهما أن يؤدى نصف قيمة العبد ويأخذ العبد؛ نفيًا لضرر الشركة فى العبد، ولو رضى له بذلك بائع العبد مع الاستحقاق من جهته، ولا درك على البائع، وأخذ بقية عبده بالقيمة - لم يلتفت إلى رضاه بالشركة؛ للضرر الداخل على بائع الثوبين مع العيب والاستحقاق من أى جهة كان.

قال: وفيه نظر.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) كذا فى ط.
(٥) كذا فى ط.
(٦) فى ط: مشتريه الطعام بائع الثوبين.

قال: وعلى قول محمد: يرجع بقيمته من الفرس، إذا كان الثوب المستحق الربع أعطاه قيمة ربع الفرس نقدًا، على أن يقبض الفرس إلى أجله.

قال: وينبغى على هذا: لو كان الاستحقاق عند حلول الأجل، لم يعطه إلا قيمة ربع الفرس، على أن يقبض إلى أجله.

فإن قيل: الواجب أن يشاركه فى ربع الفرس فأعطى قيمته يوم وقعت فيه الشركة، وهو يوم دفع الفرس كاملًا إليه؛ لأن الذى بقى له فى ذمته ثلاثة أرباع فرس، فلما وقعت الشركة المضرة، دفع فرسًا، فوجب أن يعطى ربع قيمته يومئذ.

قيل: يحتمل هذا، إلا أن ظاهر كلام محمد يأباه، وأنه إنما اعتبر يوم وقع الشركة.

ولو كان استحقاقه بعد مدة من الشراء، فلا فرق بين بيع النقد والأجل فى هذا.

ولو أسلم الثوبين فى فرسين صفقة واحدة، والثوبان مستويا القيمة، لسقط أحد الفرسين ويبقى الآخر إلى أجله.

فإن قيل: كل ثوب له نصف فرس فكيف يعطى فرسًا كاملا؟ قيل: كل ثوب عن الفرسين، فإذا بقى له نصف فرسين، جمعا له فى فرس؛ لاتفاق الصفة، وجبر على الإتيان بفرس؛ كما لو أسلم إليه فى نصف فرس مثل صفة الأول إلى أجله.

قال ابن يونس: إنما قال محمد: ربع قيمة الفرس؛ لأجل ضرر الشركة.

وعلى قول أشهب: يأتى المسلم إليه بالفرس عند الأجل على الصفة، ويكون له ربعه.

وعن ابن القاسم: إذا اشترى دابة بثوبين قيمتهما سواء، فاستحق أحدهما: قال: يرجع بنصف قيمة [. . .][1].

قال اللخمى: المعروف لمالك، وابن القاسم: ألا يرجع بقيمة [. . .][2] عليه، ويرجع شريكًا، وإذا كان الحكم الرجوع فى قيمة ما ينوبه من الفرس [. . .][3] الفرس ودفع قيمة ربعه يوم يأخذه، فإن استحق قبل الأجل فى دفع قيمة ربعه الآن على أن يقبض إلى أجله أو يمهل حتى يحل الأجل، ويقع التقابض، فيدفع إليه قيمة

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

ذلك الربع على الحلول، وإن كان الاستحقاق بعد حلول الأجل وقبض، لم يكن عليه القيمة إلا يوم قبض؛ لأنه ذلك اليوم ضمنه وعمرت ذمته.

نظائر:

قال العبدى: يتبع الأقل الأكثر فى إحدى عشرة مسألة:

إذا استحق الأقل أو وجد به عيب، لا يرد ما لم يستحق، ولا التسليم، وإنما يرجع بقدره، وإذا اجتمع الضأن والماعز أخرج من الأكثر، والغنم المأخوذة فى زكاة الإبل يؤخذ من غالب غنم البلد من ضأن أو ماعز، والمسقى بالعيون والنضح يزكى على الغالب منها، وإذا أديت بعض المال دون بقيته زكى بغالبه.

وقيل: كل واحد على حدته.

وزكاة الفطر من غالب عيش البلد، والبياض مع السواد للمساقان الحكم للغاصب، وإذا نبت أكثر الغرس، فللغارس الجميع، وإن نبت الأقل فلا شىء له.

وقيل: سهمه من الأقل.

وإن أطعم بعض الغرس وهو الأكثر، سقط عنه العمل، وإن أطعم الأقل فعليه العمل دون رب المال، وقيل: بينهما، وإذا جذ المساقى أكثر الحائط فليس عليه سقى، وإن كان أقل فعليه، وإذا أبر أكثر الحائط فجميعه للبائع، أو الأول فللمبتاع، أو استويا فبينهما، وإذا حبس على أولاد صغار أو وهب، فإن حاز الأكثر صح الحوز فى الجميع، أو استويا، صح الحوز وبطل غيره.

فرع: فى المقدمات: إذا طلب المشترى الخروج إلى بلد البائع بالعبد والدابة المستحقين؛ ليسترجع الثمن منه، ذلك له، إن وضع قيمته للمستحق، ثم يذهب بكتاب القاضى، وللبائع الذهاب إلى بلد آخر فيه بائع البائع، ويضع القيمة كالأول بذلك البلد. إلا أن تكون قيمته بذلك البلد أكثر من القيمة التى وضعها الآخر؛ فيضع الأكثر؛ لأن ذلك من حق المستحق صاحب الدابة، فإن وضع الأكثر وذهب ليرد فتلف قبل الرد، فالأكثر لصاحب الدابة، وللمستحق منه الأقل الذى وضعه، فإن لم يتلف ورده، أخذ الأكثر الذى وضع، ورد المستحق منه الدابة إلى صاحبها الذى استحقها، وأخذ الأقل الذى وضعه له، وإن تلف فى رجوعه به، فلصاحبه المستحق له الأقل الذى وضع له، وكذلك إن أراد البائع الأول الذى رجع عليه واضع الأكثر أن يذهب به إلى بلد بائعه، لم يكن ذلك له حتى يضع الذى باع منه القيمة الأكثر

الذى وضعه، أو قيمته إن كانت أكثر من الموضع؛ لأن ذلك من حق المستحق صاحب الدابة، وكذلك الحكم فى البيع من البائع [. . .][1] إن أراد الذهاب به لموضع بائعه لأخذ حقه منه. وفى [. . .][2] لبائعين وتقاصا.

فرع: فى النوادر: قال مالك وابن القاسم: إذا فاتت [. . .][3] المبتاع من غاصب لا يعلم، فلا شيء عليه، وكذلك الطعام وغيره؛ لعدم تعديه، ويصدق فيما لا يغاب عليه، ويحلف فيما يغاب: لقد هلك، ويغرم القيمة إذا لم يبع الغاصب بالثمن، ولا بالقيمة، ولا قامت بينه[4] بهلاكه من غير سببه، ولا يضمن مودع الغاصب فى البيع غير الثمن، ويصدق فى مبلغه.

قال أشهب: ولا يضمن مودع الغاصب إلا أن يعلم أن مودعه غاصب، وإذا نقصت الأمة عند المشترى بغير سببه فى عضو أو غيره، لا يضمن؛ لعدم العدوان وتأخذها ناقصة، أو تبيعها الغاصب بالثمن تنفيذًا للبيع، أو القيمة يوم الغصب؛ لتعديه، ولا يضمن المبتاع إلا بجنايته؛ لأنها أما [5] لسبب لا يوم وضع اليد، ولا يضمن ما هدم من الدار أو هدمه الموهوب له، بخلاف أكل الطعام ولبس الثوب؛ لأنه وقاية ماله، ولو هدمها أجنبى ظلمًا ضمن الأجنبى دونه، ولو أخذ المشترى القيمة من الهادم، أخذتها منه، وإن حاباه رجعت بالمحاباة، ولا شيء عليه فى الوطء بكرًا أو ثيبًا، استحقت بملك أو حرية، قاله مالك.

وقال المغيرة: للحرة صداق المثل.

فرع: قال: إذا استحقت بالحرية، أو أم ولد، أو معتقة إلى أجل، رجع المشترى على الغاصب بالثمن، ولا يرجع فى المدبرة والمكاتبة كالأموات[6] تموت عندك.

فرع: قال: قال مالك: إذا قامت البينة أنه غصب منك فمات العبد بيد المشترى، فمصيبته منك؛ لثبوته لك.

وقال سحنون: من المبتاع حتى يقضى به لمستحقه؛ لبقاء يده عليه.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) فى ط: ببينة.
(٥) كذا فى ط.
(٦) كذا فى ط.

وقال فى الأمة: إذا انتفى المبتاع من وطئها، أما إن أقر وادعى الاستبراء، أو مات قبل الاستبراء، فهو منه؛ لتصرفه فيها وعدم الوثوق بأنها ليست أم ولد. وقول مالك معلل بأنك كما كنت مخيرًا بين طلب العبد بعينه وبين طلب القيمة من الغاصب بالثمن أو القيمة، فاختيارك للعبد وإقامة البينة، اختيار للعبد وترك للثمن والقيمة، ولو كان بدل المشترى جاحدا للوديعة كالغاصب، لزمته القيمة يوم الجحد.

ولو اعترفت بدابة فأقمت شاهدًا وأوقفت لتكمل البينة، فنفقتها فى الإيقاف على من تكون له، وكذلك الجارية؛ لأن النفقة تبع للملك، وكذلك الكسوة وغيرها، وتنحل فى ذلك من بيت المال أو يسلف، فإن تعذر فينفق من هى بيده، فإن ثبتت لغيره رجع؛ لترجحه باليد.

فرع: قال: إذا ابتاعه فجنى عليه عبد، فأقيد منه، خير المستحق بين أخذ عبده ولا شىء له على المشترى، ويرجع المشترى بالثمن على الغاصب، وله أخذ العبد الجانى بجنايته إلا أن يفديه سيده ويرجع من صار له العبد الجانى من سيده إن فداه، أو المستحق إن أسلم على من اقتص من سلطان أو مشتر بما نقصه القصاص.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا استعرت دابة إلى بلد فبعتها [. . .][1] ولما رجعت اشتريتها بأربعة وهى أحسن، فله أخذ ثمنها الأول [. . .][2] الفاضلة بيدك؛ لأنه ثمن ماله.

وقال أشهب: إن أخذها لم يأخذ الستة [. . .][3] يجتمع له العوض والمعوض، وهو خلاف القواعد، وقيل: ترد الستة؛ لأنه لما أخذ الدابة انفسخت البياعات كلها، ولو اشتريتها بنقد غير الأول أو مثلها وزنًا لمعوض، فالجارى على أصله رد الجميع؛ لانتقاض البياعات كلها، وتأخذ نقدك من الذى بعت له.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا اشتريتها من غاصب ولم تعلم فولدت عندك فماتت، فله أخذ الولد فقط، ولا شىء له على الغاصب وترجع أنت بجميع الثمن؛ لأن موتها عندك لا يضمن، أو يترك الولد ويأخذ من الغاصب الأكثر من قيمتها يوم الغصب أو الثمن، وكذلك لو كان عبدًا فمات عنده وترك مالًا، فإما أن يأخذ ماله

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

ولا شيء له، ويرجع المبتاع بجميع الثمن، أو يترك المال لك ويتبع الغاصب بالثمن أو القيمة، ولو ولدت عند الغاصب فباعها وولدها، فلك أخذ الثمن من الغاصب، وقيمتها حدها يوم الغصب، ولا شيء له فى الولد من ثمن ولا قيمة؛ لأخذ قيمتها قبل حدوث الولد، وله أخذها مع ولدها.

قال محمد: وله أخذ ثمن بعضهم وإسلام بعضهم، وله أخذ الأم وثمن الأولاد؛ لأنهم على ملكه، وله أخذ بعض الولد وثمن الأم وثمن باقى الولد بعد فض الثمن على قيمتهم، ما لم يكن الذين أجاز بيعهم أقل، فللمبتاع حجة فى قبوله ورده، فإن رده رجع بجميع الثمن على الغاصب، أو جنسه رجع بحصة ما أخذ المستحق، وإجازة بيع الولد وحده مشروطة ببلوغه إلى حد التفرقة، وله أخذ قيمة الأم من الغاصب؛ لدخول النقص فيها بالولادة، ثم لا شيء له فى الولد؛ لأنه أخذهم إذ هم عند المبتاع لم يدخلهم نقص، ولو دخلهم نقص أو غيره أو ماتوا، فله أخذ حصتهم من الثمن من الغاصب أو قيمتهم من الغاصب يوم ولد، والأكثر من ذلك له أخذه، وقول ابن القاسم أفقه؛ لأنه لو ذهب منها عضو، لم يضمنه.

قال أشهب: إذا لم يدخل الولد نقص، لم يكن لهم غير أخذهم أو حصتهم من الثمن.

وعن أشهب أيضًا -: إذا ماتت الأم دون الولد أو الولد دون الأم، أخذ الباقى وحصة الميت من الثمن، ومن مات من الولد، فليس له أن يأخذ من الغاصب الأكثر من قيمته أو ثمنه.

قال ابن عبدوس: وهو جزء من قوله الأول.

وعن أشهب: إن ماتت الأم، أخذ الأكثر من ثمنها أو من قيمتها يوم الغصب، ويأخذ الولد ويرجع المبتاع بحصته على البائع، وإن كان الولد هو الذى مات، فله الأكثر من حصته من الثمن أو قيمته يوم ولد.

وفى الموازية: إذا ولدت عند الغاصب أو المشترى ولم يعلم بغصبه فمات الولد أو الأم عندك - سواء عند ابن القاسم - له أخذ الموجود منهما، ولا شيء على الغاصب من قيمة ولا غيرها، ولا على المشترى ما لم يكن الولد منه، فله القيمة إن كان حيًا مع أخذ الأم، ولو كان من الغاصب فهو مما يأخذه معها، فإن ماتت الأم وأخذ الولد، فلا شيء له فى الأم، أو ماتت وأخذ قيمة الولد من المشترى، فلا

شيء له عليه من قيمة الأم، ولا على الغاصب، ولو مات الولد عند المبتاع وقد ولدت منه أو من غيره، فليس له إلا الأم، أو يأخذ من الغاصب الأكثر من ثمنها أو قيمتها يوم الغصب.

قال محمد: فإن ماتت عند الغاصب أو قبلها وبقى الولد، فله أخذ الولد، ولو كان المشترى زوجها فولدت من الزوج، فلربها أخذها مع الولد أو الثمن من الغاصب أو القيمة.

فرع: قال: قال أشهب: إذا [عرفت عبدًا](١) أو مكاتبًا أو مدبرًا أو معتقًا إلى أجل، فأولادهم رقيق تبع لهم.

فرع: قال: قال أشهب: إذا غرت [أمة الابن الأب للأب](٢) فولدت منه فأدى قيمتها يوم استحقت، فعليه قيمة الولد، ويسلم الأمة إليه، ويرجع على الابن بما أخذ منه من قيمتها.

فرع: قال: إذا علمت بالغصب فله الولد وعليك الحد، ولا تعذر بقولك: ظننتها حلالا لى بالشراء، وكذلك إذا قالت لك: أنا حرة وأنت تعلم أنها أمة، فولدك رقيق، وإن كان ذلك بالإقرار منك بعد الولادة فلا يرق الولد؛ لأن الإقرار لا يسمع على الغير، وقد ثبت حق حريتهم.

قال أشهب: إذا شهرت ببيتك أنه غصبكها، وقد ولدت منه، فلك ولدها معها، ولا حد عليك، ولا شاهد لك، ويقضى لك بشاهد ويمين؛ لأنه لا قال؛ لأنك لم تقل: وطئ، ولا قالت البينة: زنى، وهو يقول: وطئت وطئًا مباحًا، وهذه شبهة تدرأ الحد ويعزر للغصب.

ولو شهد عليه أربعة أقمت عليه الحد، ولا يثبت نسب الولد مطلقًا.

وقال ابن القاسم: إذا ثبت الغصب، حد إن أقر بالوطء، ولا يثبت نسب الولد.

واتفق ابن القاسم، وأشهب إذا كان الولد من غيره بنكاح أو شراء على ثبوت النسب، وعلى الأب القيمة إن اعتقد الحرية فيها.

وعن ابن القاسم: إن تزوج أمة على أنها تلد منه حرًا ثم يستحق، فولدها رقيق،

---

(١) كذا فى ط.
(٢) كذا فى ط.

فإن زوجها الغاصب على أنها حرة، رجع عليه بما غرم فى الصداق؛ لغروره، وكأنه باعه البضع، ويرجع عليه، ولو غرك أجنبى وعقد لها، رجعت عليه إلا أن يعلم أنه غير ولى، فلم يغرك؛ لعلمك بحاله، وإذا لم يعلم أنها أمة، لم يكن عليه شىء، وإن كان وليًا؛ لأنه لم يغرك، ولو علمت هى أيضًا، فلا ترجع إلا على الولد؛ لأنه المباشر بالغرور، وإن غرك الولى وعقد غيره، فلا شىء على الولى؛ لعدم المباشر، ويرجع عليها.

قال محمد: بل عليه؛ لأن الولى ههنا السيد، ووكيله عقد بأمره، فهو كعقده، ولو زوجك الولى بعد علمه بما غرتك، لزمه الصداق؛ كمن زوج امرأة فى عدتها وهو وهى عالمان بذلك، فالرجوع عليه دونها إذا [. . .][1] هو عالمًا فلا شىء عليه، ويؤخذ منها الإقرار ما تستحل به.

فرع: قال مالك: إذا بناها أعطاك ما عمرت مما يشبه عمل الناس، أما شأن الإنفاق فما أدرى ما هذا؟

وقال ابن نافع: إنما يغرم قيمة ما عمر، لا ما أنفق، عظم البناء أو قل.

فرع: قال: قال مالك: إذا ابتعت جملًا فسمنته، خير المستحق فى دفع نفقتك عليه أو أخذ قيمة جمله يوم قبضته.

قال أشهب: إذا ربيت الصغير وعلمته الصنعة وأنفقت عليه، ثم يستحق حرًا أو عبدًا، لا يتبع بشىء، وفى هذا الأصل اختلاف، وإن حرثت الأرض فله إعطاؤك قيمة عملك، وإلا أعطيته كراء أرضه، وإلا أسلمته بما فيها من العمل بغير شىء.

قال سحنون: إذا زبلتها بنفقة وزاد ذلك فى ثمنها، فلا شىء لك؛ لأن الزبل مستهلك، وكذلك تسمين الدابة وتربية الصغير وتعليمه.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا اشتريت حبسًا لم يعلم به، فبنيت وغرست، فيقلع ذلك.

وقاله سحنون، فقيل لسحنون: أليس قد بنى بشبهة؟ قال: فمن يعطيه قيمة بنائه؟ قيل له: فيكونان شريكين، فأنكر ذلك.

قال بعض الحاضرين: يكون هذا بيعًا للحبس، فلم ينكر ذلك وهو يسمع، قيل:

(١) بياض فى ط.

يعطيه مستحق الحبس قيمة بنائه، فلم ير ذلك.

وقال: مالك يقول: من بنى فى الحبس، له فيه شىء إذا خرج، ولو قلنا: يعطى[1] هذا قيمته، وجاءت الطبقة الثانية من المحبس عليهم، أيعطون أيضًا القيمة؟

فرع: قال: قال ابن القاسم فى الرجل والمرأة فى الصغر أو الكبر يقران بالرق، ويباعان، وتوطأ المرأة فتلد، وقد مات بائعها أو فلس: يرجع بالثمن دينًا على الكبيرين، ولا شىء على الصغيرين؛ لعدم البائع.

فرع: قال: قال ابن القاسم: اقتسم ثلاثة إخوة ثلاثة أعبد، فمات عبد أحدهم، واستحق عبد الآخر، فالميت عنده لا له ولا عليه، ويرجع المستحق عنده على الذى بقى عنده، ويكون له منه ثلثه، فإن رجع فى المستحق بثمن، كان ثلثا الثمن للمستحق من يده، وثلثه للباقى عنده.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا استحق عبد أو ثوب من يدك، فقلت: هو توالد عند بائعه ونسج الثوب، لا يرجع عليه بثمن، لاعترافك أن المستحق ظالم، فهى مصيبة نزلت بك اعترفت بها.

وقال أشهب: لك الرجوع؛ لأن الظلم ليس عليك بل على البائع؛ لأن البينة زعمت أنه باع ما ليس له.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا أشركته فيما اشتريته ونقدتما، ثم استحقت السلعة، فالعهدة عليك، ويرجع عليك دون البائع؛ لأنك بائعه إلا أن يشترطه عليك بحضرة البيع عند مبايعة الأول، وقبل أن تتفاوت [. . .][2] على البائع الأول، فإن تفاوت ذلك وفات البيع الأول، بطل شراء [. . .][3] البيع تكون الشركة بيعًا مؤتنفًا لا تلحق شروطه بالأول.

وعن مالك: عهدتكما جميعًا على الأول؛ لأنك مؤتنفه بنفسك، وعهدتك على الأول فهو كذلك.

فرع: فى الجلاب: إذا غرت الأمة وادعت الحرية فتزوجتها على أنها حرة، فولدتها على أنها حرة، فلسيدها أخذها؛ لأنها ملكه وقيمة الولد منك لتلحقه على

(١) فى ط: يوطئ.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

الحرية بشبهة اعتقادك؛ لأن الاعتقاد شبهة؛ كما لو وطئت أجنبية تظنها مباحة، فإنه لا حد عليك، ولكنه فوت به على السيد، فتلزمك القيمة.

وروى عن مالك: له قيمة الأمة، ولا شيء له فى ولدها؛ لأن الغرور لما أثر فى زوال ملك الولد أثر فى زوال ملك الأمة.

وقال التلمسانى: قال أشهب: يصدق الزوج فى أنه تزوجها وهى حرة وإن لم تقم بينة، وعلى السيد البينة أنك تزوجتها أمة إن ادعى ذلك، ويأخذ الولد، وإلا فهو حر.

قال ابن القاسم: فإن علمت برقها قبل البناء، فلك الفراق، ولا صداق لها، وبعد البناء: فلها المسمى إلا أن تزيد على صداق المثل فيرد الزائد، ولك البقاء على نكاحها.

فرع: فى الجلاب: إذا غرت أم الولد فتزوجت حرًا، فأولدها قوم الولد على أبيه على أنه حر بعد موت سيد أبيه - فإن لم يقم حتى مات السيد، فلا شيء لورثته؛ لتحقق سبب عتقه.

قال التلمسانى: إن بقى السيد والولد قد قتل، فللأب دية حر، وعليه الأقل مما أخذ، أو من قيمة الولد يوم القتل على الرجاء والخوف.

وقيل: الأقل مما أخذ، أو القيمة عبدًا؛ لأن ولد أم الولد إذا قتل إنما تجب على القاتل قيمته عبدًا.

وإن غرت مدبرة:

قال ابن القاسم: فى ولدها القيمة على رجاء أن يعتق أو يرق إن كان على السيد دين، أو يموت فى حياة السيد، والخوف فى رقه أشد من ولد أم الولد؛ لكثرة أسباب رقه.

وقال محمد: على أنه عبد؛ لأن العتق إنما تحصًل بعد الموت من الثلث، وإن غرت مكاتبة، فلا شيء لسيدها فى الولد على الأب؛ لأنها أعتقت أمة عتق بعتقها؛ لأنه فى كتابتها، إلا أن تعجز الأم فترجع رقيقًا، فيلزم الأب قيمة الولد، ولكن تؤخذ من الأب قيمته عبدًا فتوضع على يد رجل، فإن عجزت أخذ السيد القيمة وإلا رجعت للأب.

قال محمد: تعجيل القيمة للسيد أحب إلى، فيحبسها فى الكتابة إن كانت أقل

منها أو مثلها، وإن كانت أكثر، لم يلزم الأب إلا الأقل من بقية الكتابة أو من قيمة الولد، وأما المعتقة إلى أجل فولدها بمنزلتها، وعلى قيمته على أنه حر إلى ذلك الأجل، فإن غرت الأمة عبدًا على أنها حرة، فولدها رق لسيدها؛ إذ لابد من رقه مع أحد الأبوين، قاله ابن القاسم.

قال محمد: ويرجع على من غره بالمهر، ولا يرجع من غره عليها، وإن لم تغره منها، ثم يكون الخيار لمشترى العبد بين التمسك بالباقى، أو يرده بعيب الشركة، ثم لا يفيته حوالة سوق.

فرع: فى الكتاب: إذا كاتبه على عرض موصوف، أو حيوان، أو طعام فقبضته، ثم استحق بعد العتق بالدفع [. . .][1] العتق ويرجع بمثل ذلك تقريبًا؛ لحرمة العتق، وتسوق [. . .][2] أعتقته على شىء من ذلك بعينه، وهو غير مكاتب، نفذ، وكأنك انتزعت منه ذلك وأعتقته.

قال ابن يونس: قال ابن نافع: إذا استحق العبد المكاتب به ولا مال للمكاتب، رجع مكاتبًا؛ لبطلان العوض؛ كسائر العقود.

وقال أشهب: لا يرجع عتقه؛ لأن حرمته قدمت ويتبع بذلك.

وعن مالك: إذا قاطع سيده على وديعة أودعت عنده فعرفت، رد عتقه، ورجع مكاتبًا.

قال ابن القاسم: إن غرك بشىء تقدمت له فيه شبهة ملك، رجع مكاتبًا.

قال ابن القاسم فى كتاب التدليس: لو بعته نفسه بجارية وليست له، ثم وجدت بها عيبًا رددناها، واتبعه بقيمتها، وتمت حريته؛ لشرف العتق.

فرع: فى الكتاب: إذا استحق عوض هبة الثوب وهى قائمة، رجعت فيها إلا أن يعوض؛ لأن ذلك شأنها، وليس له قيمة العوض إن زادت على الهبة؛ لأن الذى زاده أولا فى عوضه على قيمة هبته إنما كان تطوعًا، وإن استحقت الهبة رجع فى العوض إلا أن يفوت فى بدن أو سوق فقيمته.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا أثابك بعد أن لزمته هبتك، فقد باعك ذلك بيعًا

---

(١) بياض فى ط.

(٢) بياض فى ط.

بالقيمة، فإنما لك قيمتها عند الاستحقاق، أو قبل اللزوم، فذلك بيع للعوض، [فسلعتك](١) فالواجب قيمة العوض؛ كمن باع سلعة بسلعة.

ولو أثابك دنانير أو بعد اللزوم رجعت قبل لزوم الهبة فاستحقت الدنانير، رجعت بمثل الدنانير، أو بعد اللزوم، رجعت بقيمة سلعتك، وما زادك أولا صلة لا ترجع به إلا أن يثيبك دنانير أقل من قيمتها، فترجع بمثل تلك الدنانير، كدفع الدنانير أو العرض فى نكاح التفويض قبل البناء فيستحق، ترجع المرأة لما استحق من [باها](٢) أو بعد البناء فصداق المثل يوم العقد.

فرع: فى الكتاب: بعت جارية لعبد فأعتقه، ثم استحق نصف الجارية قبل حوالة سوقها، فلمبتاعها نصفها الباقى؛ لأنه ملكه، والرجوع بنصف قيمة عبده، أو رد باقيها لعيب الشركة، وأخذ قيمة جميع عبده؛ لفوته بالعتق.

وكذلك إن استحق نصف العبد وعتقت الجارية:

قال ابن يونس: لو كان قائمًا لم يعتق، فأراد التمسك بنصف الجارية، ويرجع بنصف العبد - لم يكن له ذلك عند ابن القاسم؛ لضرر الشركة، وله ذلك عند أشهب.

وقال فى قيام العبد: له حبس نصف الجارية والرجوع بنصف قيمة العبد مع قدرته على رد نصف الجارية، وأخذ جميع العبد فصار إذا حبس أخذ نصف قيمة العبد وهو مجهول، وقد أمكنه الرد فهذا رجوع منه إلى ما زاد.

[قال](٣) ابن حبيب: إن ذلك جائز إلا أن يقول: لا يكون له التخير إلا بعد معرفة نصف قيمة العبد.

وعن ابن القاسم: إذا ابتعت عبدًا فبعت نصفه ثم استحق، رجع جميع العبد، فقد جرى الاستحقاق إلى ما بيع وفيما بقى.

وعن مالك: إذا استحق [...](٤) لضرر الشركة فالمستحق فى مسألتك يأخذ الربع من جميعه مما باع المبتاع ومما بقى، ثم للمبتاع الثانى الرجوع من الثمن على

---

(١) كذا فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) بياض فى ط.

بائعه بقدر المستحق منه من خاصته، أو يرد بقيته، أو يكون المشترى الأول مخيرًا، كما وصفنا.

قال سحنون: هذا غلط، وإنما يقع الاستحقاق فيما بقى بيده دون ما باع، ويرجع المشترى على بائعه بقدر ما استحق، وليس لك رد الباقى؛ لأنه قد باع نصف العبد، وإنما جعل ابن القاسم للمبتاع الرد، وهو على ضرر الشركة دخل؛ لتزيد الضرر عليه؛ لأنه إنما رضى بمشاركتك لنصفتك فإذا دخل ثالث لا يرضى بشركته، كالشفيع إذا سلم الشفعة بناء على أنك المشترى، ثم ظهر غيرك المشترى [فله لإزالة][1] الضرر.

فرع: فى الكتاب: إذا أوصى بحج أو غيره، ثم إنه استحقت رقبته بعد تنفيذ وصيته وهو معروف الحرية، لم يضمن الوصى ولا متولى الحج شيئًا، ويأخذ السيد ما كان قائمًا من التركة لم يبع، ولا يأخذ المبيع القائم بيد المبتاع إلا بالثمن على البائع، كمن شهد بموته فبيعت تركته وتزوجت امرأته ثم قدم، وكان الشهود عدولًا، وأبدوا ما يعذرون به؛ كرؤيته مطروحًا بين القتلى أو به طعن لا يحيا معه غالبًا، أو شهدوا على شهادة غيرهم، فترد إليه امرأته، وما لم يبع وما بيع بالثمن، ما لم يتغير فى بدنه، أو بعتق، أو بدين، أو يكاتب، أو ترجع أم ولد، أو يكبر الصغير، فلا يرجع إلا بالثمن على البائع؛ لأن ذلك فوت.

فإن لم تعذر البينة فهى كشهادة الزور، يأخذ متاعه حيث وجده وله تنفيذ البيع كبيع الفضولى، ولا يمنعه عتق ولا كبر صغير، ويأخذ أم الولد وقيمتها وولدها من المبتاع يوم الحكم كالمغصوب.

فى التنبيهات: تأويل القاضى إسماعيل تفرقته فى الشهود بين قصد الزور والاشتباه عليهم، على ما إذا لم يشهدوا عند الحاكم، وأما متى شهدوا عنده فسواء، لا يرد إليه ماله إلا بالثمن.

وفسره ابن القاسم فى المدونة بخلاف هذه، وأن الحاكم لا أثر له، ولم يمنع من رد امرأته إليه فى الوجهين.

وفى الموازية حكم بموته حاكم أم لا، تزوجت أم لا.

---

(١) كذا فى ط.

وقال القاضى إسماعيل: إذا حكم حاكم، لم ترد، كالمقصود.

قال التونسى: فى هذه المسألة نظر، وأما الفرق بين الاشتباه وعدمه مع تحقيق بطلان ما شهدوا به، والرجل غير آذن فى متاعه، وما ذاك إلا كالخطأ على ماله من غير إذنه، فإن كان السبب تأثير حكم الحاكم فما الفرق بين تعمدهم الزور أم...[1]؟

فإن قيل: إذا سلطناهم وقد تعمدوا الزور فهم كالغاصب إذا باع.

قيل: إنما يكون الغلط عذرًا إذا سلط المالك، وههنا لم يسلطهم.

فإن قيل: تسليط الأحكام كتسليط المالك.

قيل: يلزم فى الذين تعمدوا الزور وهو لم يغرمهم، بل المشترى ما انتفع به، وقد قالوا: المستحق من العدو فى الحرب لابد أن يدفع للمشترى الثمن؛ لأنه اشترى فحكم طرأ والبائع يظن الجواز، ولأن أهل الحرب لو [...][2] ذلك ملكًا لهم، فبعد مالك ربه منه، ولولا الحديث ورد فى المغنم لامتنع أخذه؛ لأن [...][3] ولم يفوت مالك الزوجة ههنا بالدخول، بخلاف زوجة المفقود؛ لأن المفقود تزوجت امرأته مع إمكان حياته.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا بقى الرجل ثم قدم حيًا، رجع عليها الفضل على صداق مثلها بحجة أنه رغب فى حرية ولدها.

* * *

(١) كذا فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

كتاب اللُّقَطة

وفى التنبيهات: هى بفتح القاف، وضم اللام، وهو ما التقط، وأصل الالتقاط: وجود الشىء عن غير قصد وطلب.

وفى القبس: رويت اللقطة مفتوحة القاف وساكنتها.

قال: والسكون أولى؛ لأنه بناء المفعول فى باب فُعْلَة وفعل.

وقال غيره: بفتح القاف اسم المال الملتقط فى قول الأصمعى، وابن الأعرابى، والفراء، واسم الملتقط عند الخليل؛ لأنه وزن اسم الفاعل نحو: الهُمَزة واللُّمَزة والضحكة، وبإسكان القاف وضم اللام.

وأصلها: ما فى الصحيحين «جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَة فَقَالَ: اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا، قَالَ: فَضَالَّةُ الغَنَمِ يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أو للذِّئْبِ، قَالَ: فَضَالَّةُ الإِبِلِ، قَالَ: مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَاسْتَنْفِقْهَا. وروى: وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا»[(١)].

وفى البخارى وغيره: «قال أُبَيُّ بنْ كَعْبٍ: وَجَدْتُ صُرَّةً فِيهَا مِائَةُ دِينَارٍ، فَجِئْتُ بِهَا رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ: عَرِّفْهَا حَوْلًا، ثُمَّ جِئْتُهُ فَقَالَ: عَرِّفْهَا حَوْلًا آخَرَ، فَذَكَرَ ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ»[(٢)].

---

(١) من حديث زيد بن خالد أخرجه البخارى (٥/ ١٠١) كتاب اللقطة: باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهى لمن وجدها (٢٤٢٩) و (١/ ٢٢٥) كتاب العلم: باب الغضب فى الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره (٩١) ٥ كتاب الشرب والمساقاة: باب شرب الناس وسقى الدواب من الأنهار (٢٣٧١)، (٥/ ٩٦) كتاب اللقطة: باب ضالة الإبل (٢٤٢٧) (٥) باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده (٢٤٣٦) باب من عرف اللقطة ولم يدفعها إلى السلطان (٢٤٣٨) باب حكم المفقود فى أهله وماله (٥٢٩٢) باب ما يجوز من الغضب والشدة لأمر الله - تعالى - وقال الله - تعالى -: ﴿جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم﴾ (٦١١٢) ، وأخرجه مسلم (٤/ ١٣٤٦)، كتاب اللقطة (١/ ١٧٢٢).

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٩١) كتاب اللقطة: باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها (٢٤٣٧)، ومسلم (٣/ ١٣٥٠) كتاب اللقطة (١٧٢٣)، والترمذى (٣/ ٦٥٨) كتاب الأحكام: باب فى اللقطة وضالة الإبل (١٣٧٤)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب اللقطة: باب اللقطة (٢٥٠٦)، وأحمد (٥/ ١٢٦ - ١٢٧)، والطيالسى (١/ ٢٧٩ - منحة) (١٤١٢)، وابن الجارود فى المنتقى (٦٦٨)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٣٧) كتاب اللقطة والضوال: باب اللقطة. والبيهقى (٦/ ١٨٦) كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير.

وفى البخارى «نهى النبى ﷺ عن لُقَطَةِ الحَاجِّ»[(١)].

وقال ﷺ فى خطبته حين عظم حرمة مكة فقال: «لَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ»[(٢)].

فوائد:

قال صاحب التنبيهات: العِفَاص: الوكاء الذى فيه الشىء الملتقط، والوكاء - ممدود -: الخيط أو الشىء الذى يشد.

وقال بعضهم: [وبالقصر][(٣)]، وهو غلط.

قال غيره: أصل العفاص: الجلد الذى يشد به رأس القارورة.

فى النكت: قيل: العكس، العفاص: الخيط، [و] الوكاء: الخرقة.

قال: والأول أصوب.

وفى التنبيهات: «حذاؤها»: أخفافها؛ لما فيها من الصلابة فأشبهت الحذاء الذى هو النعل، و «سقاؤها»: كرشها؛ لكثرة ما تشرب فيه من الماء تكتفى به الأيام، فأشبه السقاء الذى هو القربة، وكلاهما من مجاز التشبيه.

وقال غيره: المنشد: اسم لمعرف اللقطة أو الضالة، والناشد: اسم للمنادى الذى يطلبها، والضالة اسم للملتقط من الحيوان خاصة، والجمع: ضوال، يقال

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥١) كتاب اللقطة: باب لقطة الحاج (١١/ ١٧٢٤)، وأبو داود (٢/ ٣٤٠) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة (١٧١٩)، والنسائى فى الكبرى (٣/ ٤١٧) كتاب اللقطة: باب النهى عن لقطة الحاج، وأحمد (٣/ ٤٩٩)، والبيهقى (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة: باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد، من حديث عبدالرحمن بن عثمان التيمى، قال: نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحاج.

تنبيه: هذا الحديث أخرجه ابن حبان فى صحيحه (٤٨٧٦ - الإحسان) وذكره الهيثمى فى موارد الظمآن (١١٧٢)، وليس الحديث على شرطه، فهو يذكر فى الموارد ما لم يخرجه الشيخان أو أحدهما، وهذا الحديث قد أخرجه مسلم كما تقدم فى التخريج.

(٢) من حديث أبى هريرة أخرجه البخارى (٥/ ٨٧) كتاب اللقطة: باب إذا وجد تمرة فى الطريق (٢٤٣٤)، ومسلم (٢/ ٩٨٨) كتاب الحج: باب تحريم مكة وصيدها (٤٤٧/ ١٣٥٥)، وأبو داود (٢/ ٥١٨) كتاب المناسك: باب تحريم مكة (٢٠١٧)، واللفظ له، والدارمى (٢/ ٢٦٥) كتاب البيوع: باب فى اللقطة. والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٤٠) كتاب اللقطة والضوال. وابن الجارود فى المنتقى (٥٠٨)، وأحمد (٢/ ٢٣٨)، والدارقطنى (٣/ ٩٦ - ٩٧) كتاب الحدود والديات (٥٨)، والبيهقى (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة: باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد.

(٣) فى ط: والقصر.

لها: الهامى، والهوافى، والهوامل.

تنبيه:

قال صاحب القبس: سؤال السائل عن اللقطة إنما قصد به ما يفعل بها، وعنه إجابته ﷺ.

وقال بعض الأئمة: يحتمل أن يكون عما يأخذه أم لا، وجوابه ﷺ يعين الأول دون الثانى.

والكلام فى الالتقاط، وذات اللقطة، وأحكامها، فهذه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: فى الالتقاط

فى الجواهر: هو أخذ مال ضائع ليعرفه سنة ثم يتصدق به، أو يتملكه إن لم يظهر مالكه بشرط الضمان إذا ظهر المالك.

قال اللخمى: وهو واجب، ومستحب، ومحرم، ومكروه، بحسب حال الملتقط والوقت وأهله ومقدار اللقطة.

فإن كان الواجد مأمونًا ولا يخشى السلطان إذا نشدها، وهى بين قوم أمناء لا يخشى عليها منهم، ولها قدر، فأخذها وتعريفها مستحب، وهذه صفة حال السائل لرسول الله ﷺ فقال: «خُذْهَا».

ولأنها أحوط لصاحبها خوف أن يأخذها من ليس بمأمون، ولا ينتهى إلى الوجوب؛ لأنها بين قوم أمناء.

وبين غير الأمناء، أخذه لها واجب؛ لأن حرمة المال كحرمة النفس، وصون النفس واجب، فكذلك الأموال، ولنهيه ﷺ عن إضاعة المال[1].

وإن كان السلطان غير مأمون إذا نشدت، أخذها، أو الواجد غير أمين، حرم أخذها؛ لأنه تسبب لضياع مال المسلم.

وإن [كانت][2] حقيرة كره أخذها؛ لأن الغالب عدم المبالغة فى تعريف الحقير، وعدم الاحتفال به، هذا أصل المسألة، ثم اختلفت الرواية:

فعن مالك: استحباب ترك الدنانير.

---

(١) تقدم.

(٢) سقط فى ط.

وقال ابن شعبان: ينبغي ترك اللقطة؛ كقول مالك في المدونة: أحسن حين رد الكساء، وقوله في الآبق: إن كان لمن لا يقربه فلا يقربه، ومحمله على أن السلطان غير مأمون.

وقال: لا أحب أخذ اللقطة إلا أن يكون لها قدر، وإذا كان الدلو والحبل في الطريق، وضع في أقرب المواضع يعرف فيه، أو في مدينة انتفع به وعرفه، وإن قصد به أحب إلي، وإن جاء صاحبه أخذه.

وفي الجواهر: إن علم خيانة نفسه، حرم الأخذ، أو خافها، كره.

وروى أشهب الوجوب فيما له بال، والكراهة في غير ذي البال كالدرهم.

وعن مالك: الكراهية مطلقًا، واختاره الشيخ أبو إسحاق في المقدمات.

وفي لقطة المال ثلاثة أقوال:

الأفضل: تركها من غير تفصيل؛ لأن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - كان يمر باللقطة فلا يأخذها. الأفضل: أخذها؛ لأنه وسيلة لحفظ مال الغير، قاله مالك في أحد قوليه. وما له بال أخذه أفضل وترك الحقير أولى.

قال: وهذا الاختلاف إذا كانت بين قوم مأمونين، والإمام عدل، أما بين خونة ولا يخشى من الإمام إذا عرفت، فالأخذ واجب اتفاقًا، وبين خونة ويخشى من الإمام، خير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه أي الخوفين أشد، ويستثنى - أيضًا - من هذا الاختلاف: لقطة الحاج فلا يجري فيها الخلاف كله.

قاعدة: خمس اجتمعت الأمة المحمدية على حفظها، ووافقها في ذلك جميع الملل التي شرعها الله تعالى:

النفس، والعقل، فتحرم المسكرات بجميع الشرائع، وإنما اختلفت الشرائع في اليسير الذي لا يفسد العقل، فحرمناه تحريم الوسائل، وأباحه غيرنا؛ لعدم المفسدة.

والأعراض: فيحرم القذف والسباب.

والأنساب: فيحرم الزنى.

والأموال: فتحرم إضاعتها والسعي في ذلك بفعل أو ترك.

قاعدة: وكل فعل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره كإنقاذ الغريق

وإزاحة الأذى عن الطريق، فهو[1] على الكفاية، وما تتكرر مصلحته بتكرره فهو كالأعيان، كالصلاة، والصيام، وقد تقدم بسط هذه القواعد فى مقدمة هذا الديوان.

فعلى هذا يتجه الأخذ، ووجوبه عند تعيين هلاك المال، وعند عدم تعيين الهلاك بين الأمناء يكون فرضًا على الكفاية إذا خافوا غيرهم على اللقطة، ومندوبًا فى حق هذا المعين وخصوصه؛ كما قلنا فى صلاة الجنازة وغيرها، وأصلها فرض، وفعل هذا المصلى المخصوص يندب ابتداء للشرع، فإذا شرع اتصف بالوجوب كما تقدم بسطه، وقياسًا على الوديعة.

وفى اللقطة عن (ش): الندب والوجوب؛ قياسًا للأول على الوديعة، والثانى على الإنقاذ من غير تفصيل.

وقال (ح): أخذها مندوب إلا عند خوف الضياع فتجب.

وعن ابن حنبل: الكراهية؛ لما فى الالتقاط من تعريض نفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من التعريف، فكان تركه أولى كتولى مال اليتيم، وتخليل الخمر، وقد ذم الله - تعالى - التسبب لـ[...][2] فى التكليف.

وتوجه الوجوب بقوله - تعالى -: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾ [الأحزاب: ٧٢] أى: ظلومًا لنفسه بتوريطها وتعريضها للعقاب، وجهولًا بالعواقب والحرام فيها، والأمانة ههنا:

قال العلماء: هى التكاليف، ولم أر أحدًا فصل وقسم أخذ اللقطة إلى الأحكام الخمسة إلا أصحابنا، بل كلهم أطلقوا.

الفصل الثانى: فى ذات اللقطة

وفى الجواهر: هى مال معصوم [...][3] من كل جماد أو حيوان صغير. فالأول: احتراز من الحربى. والثانى: مما معه مالكه، والحيوان الصغير احتراز من الآبق، فإنه يسلم للإمام، ولا تجرى عليه أحكام اللقطة، ولا يسمى لقطة.

وفى هذا الفصل ثمانية فروع.

(١) فى ط: فهى.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

الفرع الأول: فى الكتاب: ما وجد على وجه الأرض مما يعلم أنه من مال الجاهلية، ففيه الخمس كالركاز، وكذلك تصاوير الذهب والفضة توجد بساحل البحر وأما تراب ساحل البحر يغسل فيخرج منه ذهب أو فضة، فالزكاة كالمعدن.

قال التونسى: فى الكتاب: فى مراكب الروم تكسرت وأخذ ما فيها: ليس لمن وجده، ويرى فيه الإمام رأيه.

وفى الموازية: إذا أخذوا، فما وجد فهو للإمام يرى فيه رأيه، ولا شىء لواجده، فإن لم يوجد الإمام فى المراكب: فأمر العروض للإمام، والذهب والفضة لمن وجده وعليه الخمس كالركاز.

وفى غير الموازية: ما لفظه البحر لمسلم عرف كاللقطة، أو لمشرك، فأمره إلى الإمام، وإن شك لمن هو، عرف ثم تصدق به؛ تغليبًا للإسلام.

وفى الكتاب ما عطب [...][1] فلربه دون واجده؛ لأن الأصل: بقاء ملكه.

قال اللخمى: [...][2] عن معدن صح أن يقال: فيه الزكاة وأن يقال: هو فائدة، بخلاف ما أخذ من معدن تكلفه.

وقال مالك فى زيتون الجبل: يرفع منه خمسة أوسق، وهو فائدة لا زكاة فيه، إلا أن يكون عمره بالحرث وملكه قبل ذلك؛ لأن من شرط الزكاة أن يكون المزكى نشأ عن الملك.

قال مالك: إن ماتت راحلتك فى الفلاة، فأخذها رجل وحملها لمنزله، فأنت أحق بها وعليه مؤنة الحمل؛ لأن الأصل: بقاء ملكك، وإذا طرح قوم أمتعتهم خوف الغرق، فيأخذها قوم من البحر:

قال مالك: هى لأصحابها.

وعن الحسن بن صالح: إن أخرجها من ماء البحر، فهى له، أو قذفها البحر فلصاحبها؛ لعدم الكلفة.

وعنه: هى لواجدها وإن قذفها البحر إلا أن يقول صاحبها: كنت أنوى[3] الرجوع إليها فيحلف ويأخذها.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) فى ط: على.

منشأ الخلاف: هل يلاحظ أن البحر كالمكره؛ لعلته، فلا يسقط الملك كالغصب، أو الغارق فى البحر يعرض صاحبه عنه إياسًا منه، فهو كالبرة الساقطة لا يعرج عليها صاحبها وهى مباحة إجماعًا.

والفرق بينها وبين طرح البحر وضالة[1] الفلاة، أن البرة ونحوها لما ظفر بها فى يد الواجد، لم تتوفر الرغبة على أخذها، وهو دليل تحقيق إسقاط الملك، ولو ظفر بهذه الهوالك فى البحر لتوفرت الدواعى على الميل إليه، وانتزاعه، والقلوب معمورة به قبل وجدانه، وهو دليل قوة شبه الغصب.

قال: وأرى إن أرسل الدابة على ألا يعود إليها وأحيا بها وأخذها وقام عليها، فهى له، بخلاف الشاة فوصلها حية؛ لأنه لم يعرض عنها، وإن تركها؛ ليعود لها وعلم أنه لا يعود إليها إلا وقد هلكت، فهى لصاحبها كالشاة.

قوله: «وتركه صاحبه على ألا يعود إليه فهو لمن نقله» ؛ لأن صاحبه أباحه للناس، لما علم العدو أن تركه ليعود فهو لصاحبه، وعليه أجرة حمله إلا أن يرجع صاحبه بدوابه ليحمله، فلا أجرة عليه.

وأما الغرق فى البحر فإن [...][2] كان فى مرسى ومضى صاحبه؛ ليعود لإخراجه، فهو له، وإن تركه على ألا يعود فلآخذه، وهو أدخل فى هذا مما ترك فى البر هلاكه إذا ترك، فهو كالشاة فى المضيعة، والبحر كالذئب مع ما يتكلف من مشقة العطش عليه، والخوف على النفس، وإن قذفه البحر فنقلته، فهو لصاحبه؛ لأنه إن أمن عليه الفساد لو بقى لم يكن لك التعرض له، أو يخشى فساده كالمتاع، فعليك نشره وإيداعه، ولو مررت فى سفينة بمتاع لقوم غرقوا وهم على الماء كان عليك دفعه كاللقطة، إن كنت مارًا بريح لا يضرك الإمساك لأخذه، وكذلك لو مررت بآدمى حى.

قاعدة: إذا تلف الملك فى عين استصحب بحسب الإمكان، ولذلك قلنا: المضطر يأكل طعام الغير ويضمن قيمته؛ لأن الضرورة اقتضت إباحة الأكل دون سقوط القيمة؛ لأن بقاء المهجة لا يتوقف عليها. فألغينا الملك فى القيمة دون

(١) فى ط: وضال.
(٢) بياض فى ط.

العين.

وكذلك اختلاط مالك المثلى بمثله لغيرك[١]؛ كزيت بزيت لغيرك يسقط ملكك عن التعيين، فتبقى شريكًا بما يسمى زيتًا فى المختلط؛ وليس له نقلك لغير المختلط استصحابا للملك بحسب الإمكان، ونظائره كثيرة.

وقال بهذه القاعدة (ش) وجماعة من العلماء، فلهذه القاعدة استصحبنا الملك فى متاع البر والبحر بحسب الإمكان.

قاعدة مذهبية:

من أدى عن غيره مالًا شأنه أن يعطيه، أو عمل لغيره عملًا شأنه أن يستأجر عليه - رجع بذلك المال وبأجرة ذلك العمل، كان دفع ذلك المال واجبًا عليه كالدين، أو غير واجب؛ كخياطة الثوب وحلق الرأس، نقلها صاحب النوادر، وصاحب الجواهر فى الإجارة تنزيلًا للسان الحال منزلة لسان المقال.

فإذا كان شأنك مباشرة ذلك العمل بنفسك أو بنائبك، و [لا][٢] تستأجر عليه، لم يرجع عليك بأجرة؛ لأن حالك لم يقتض إذنًا فى دفع أجرة فى ذلك، والأئمة جعلوا الدافع متبرعًا حتى يوجد إذن بلسان المقال، ووافقونا على الاكتفاء بلسان الحال فى تعيين النقود، فلا يحتاج إلى تعيين النقد إذا غلب فى البلد على غيره، وتعيين المنافع فى الإجارة، فتحمل إجارة القدوم على النجر دون الحفر، والثور على الحرث دون الركوب ونحو ذلك، ويفرق بأن الموجب فى موضع الوفاق: العرف العام، وهو أقوى من العرف الخاص؛ لعمومه. وجوابه: أن العرف العام إنما قضى به؛ لما فيه من الظهور فى الدلالة، والظهور فى العرف الخاص، بل قد يقوى ظاهر حال زيت[٣] فى مقصود أكثر من قوة العام، وربما انتهى إلى القطع، والواقع يشهد لذلك، فلا أثر للعموم فى إثارة الظن بسقط اعتبار الفرق، وسقط ما قلناه.

ومن هذه القاعدة: التعيين ببساط التحسن؛ لأنه عرف خاص بحق - نعتبره دون (ش)، ولهذه القاعدة فروع كثيرة، فلأجلها قلنا: على رب المتاع أجرة الحمل إلا أن يرجع بدءا به لحمله.

---

(١) فى ط: لغير.
(٢) سقط فى ط.
(٣) كذا فى ط.

وقال (ش): العنبر - حيث يوجد العنبر - لواجده؛ كالصيد، وإن بعد عن الساحل فهو لقطة؛ لأن الظاهر: سقوطه عن مالك، وتحاشى الغرق على الساحل لقطة.

وقال ابن حنبل: إذا وجد الصياد درة فى سمكة، فهى له؛ لأن الدر يكون فى البحر، وإن باعها ولم يعلم، ردها للصياد؛ لأنه لم يعلم بها، فلا يتناولها عقد البيع، وإن وجد فيها دنانير، فهى لقطة، والعنبر على ساحل البحر له، والدابة المهلكة[(١)] لمحييها دون مالكها خلافًا لـ (ش)، ووفاقا لنا، واحتج لتأويله بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ وَجَدَ دَابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا فَسَيَّبُوهَا فَأَخَذَهَا فَأَحْيَاهَا فَهِىَ لَهُ»[(٢)].

ولأن القول بأنها لا تملك على المالك الأول تضييع لها والهلاك للحيوان؛ لأن لواجده تضعف داعيته لأخذه.

وقال فى المناخ: لا يملك؛ لأن [. . .][(٣)] نفسه بخلاف الجواز.

وروى فى العنبر عن عمر بن عبد العزيز أن بحر عدن ألقى عنبرة مثل البعير فأخذها ناس، فكتب إلى عمر بن عبد العزيز، فأمر أن يؤخذ منها الخمس ويدفع إليهم بقيتها، وإن باعوها اشتروها منهم، فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانًا نخرجها فبطناها اثنتين فوجدناها ستمائة رطل، فأخذنا خمسها، ودفعنا إليهم سائرها، ثم اشتريناها بخمسة آلاف[(٤)] دينارا، بعثناها إليه، فلم نلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثين ألف دينار.

وفى الجواهر: فى الخشبة يطرحها البحر قولان:

---

(١) فى ط: فالمهلكة.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٧) كتاب البيوع: باب فيمن أحيا حسيرًا (٣٥٢٤)، وعنه الدارقطنى فى السنن (٣/ ٦٨) والبيهقى (٦/ ١٩٨) من طريق عبيد الله بن حميد بن عبد الرحمن الحميدى عن الشعبى به. وأعله فقال: هذا حديث مختلف فى رفعه عن النبى ﷺ وهو منقطع. وتعقبه ابن التركمانى، فقال: قلت: قد قدمنا فى باب فضل المحدث أن مثل هذا ليس بمنقطع، بل هو موصول، وأن الصحابة كلهم عدول. وقد ذكرنا فى ذلك الباب من كلام البيهقى ما يدل على ذلك، وهو كما قال.

(٣) بياض فى ط.

(٤) فى ط: آلف.

تركها أفضل.

والقول الآخر: يأخذها ويغرم قيمتها لربها.

وإذا وقعت سمكة فى السفينة وفيها جماعة، فهى للذى سقطت إليه، كان رب السفينة أم لا.

الفرع الثانى: فى الكتاب: ما لا يبقى من الطعام أحب أن يتصدق به، كثر أو قل، ولم يؤقت مالك لتعريفه حدًّا، وإن أكله وتصدق به، لم يضمنه؛ كالشاة يجدها فى الفلاة إلا أن يجدها فى غير الفيافى.

وخير (ش)، وابن حنبل واجد الطعام بين أكله وغرم بدله، أو بيعه وحفظ ثمنه؛ استصحابًا للملك بحسب الإمكان، وقد تقدمت هذه القاعدة.

قال ابن يونس: قال أشهب: الطعام فى غير الفيافى يبيعه، فإن جاء صاحبه أخذ ثمنه.

قال مطرف: ما لا يبقى من الطعام إذا التقط فى الحضر وحيث الناس، الصدقة به أحب إلى من أكله؛ لأن الأصل: عدم إباحة انتفاع غير الإنسان بملك غيره، فيضرب فى منفعة مالكه وهو ثواب الآخرة.

فإن تصدق به لم يضمنه؛ لأنه ترك للفساد، وإن أكله ضمنه؛ لأنه صان[1] به ماله وضيع ثمنه، إلا فى السفر، وحيث لا ناس، وهو لا يبقى ولا يحمل كالشاة فى الفلاة، وأكله حينئذ أفضل من طرحه؛ احترامًا لرزق الله، وإن كان مما يبقى ويتزود، ضمنه فى الأكل والصدقة قال: وهذا استحسان.

قال صاحب المقدمات: فى الطعام ثلاثة أقوال:

إذا كان حيث الناس:

قال ابن حبيب: إن أكله غرمه، أو تصدق به، فلا غرم عليه.

وقال أشهب: يغرمه فى الحالتين:

لا يضمنه فى الحالتين، وهو مذهب المدونة.

قال اللخمى: أرى التفرقة بين القليل، فلا يضمن فى الأكل والصدقة؛ لأنه يعرض عنه؛ ولما فى مسلم قال رسول الله ﷺ: «إِنِّى أَجِدُ التَّمْرَةَ عَلَى الطَّرِيقِ لَوْلَا

---

(١) فى ط: صون.

أَنِّي أَخَافُ أَنْ تَكُونَ صَدَقَةً لأَكَلْتُهَا»[١]، والكثير يضمن؛ لأن الغالب طلبه.

وكذلك قال مالك فى الدلو والحبل ينتفع به، والتصدق أحسن؛ [لأنه][٢] فإن كان مما يدخر إلا أن صاحبه لا يحفل به . . .

الفرع الثالث: فى الكتاب: يعرف الغنم فى أقرب القرى ولا يأكلها.

وفى الفلوات يأكلها ولا يغرمها؛ لقوله ﷺ: «هِيَ لَكَ، أَوْ لأَخِيكَ، أَوْ لِلذِّئْبِ»[٣].

والبقر بموضع الخوف عليها كذلك، وبموضع الأمن كالإبل.

وقال ابن حنبل: الشاة فى المضيعة كالذهب فى الالتقاط، والتعريف، يخير ملتقطها بين أكلها فى الحال، أو يمسكها وينفق عليها لصاحبها، أو يبيعها ويحفظ ثمنها له.

وقال (ش)، و (ح): متى أكلها ضمنها.

قال القاضى فى الإشراف: وهو قول بعض المتقدمين منا.

وأجابوا عن الحديث بوجوه:

أحدها: أن معناه: أنك إن أخذتها ضمنت قيمتها على أخيك فانتفعت أنت وانتفع هو، وإن لم تفعل أكلها الذئب ففاتت المنفعتان، فتكون (أو) للتنويع، فيكون الأخذ منوعًا إلى ما يحصل مصلحتين وإلى ما يفوتهما، فالحديث منفر عن الترك، لا مسو بين الآخذ وبين الذئب.

وثانيها[٤]: أن الأصل فى العطف: التسوية، وقد عطف الأخ عليه بقوله: أو لأخيك؛ فوجب أن يستويا فى التعلق بهذه الشاة، هذا بالانتفاع، والأخ بالقيمة.

وعلى قولكم: لا تسوية، بل يختص النفع بالآخذ.

وثالثها: أن الذئب لا يملك، وقد عطف على الآخذ، والأصل فى العطف:

---

(١) من حديث أنس بن مالك أخرجه البخارى فى كتاب اللقطة: باب إذا وجد تمرة فى الطريق (٢٤٣١)، ومسلم فى كتاب الزكاة: باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ (١٦٥/ ١٠٧١)، وأحمد (٣/ ١٨٤، ١٩٣، ٢٥٨)، وأبو داود (١/ ٥١٩) كتاب الزكاة: باب الصدقة على بنى هاشم (١٦٥١).

(٢) كذا فى ط.

(٣) تقدم.

(٤) فى ط: ثانيهما.

التسوية، ولا يملك الآخذ، وإذا لم يملك كان الملك لصاحبها عملًا بالاستصحاب.

ورابعها: لو سلمنا دلالته على عدم الضمان لكان معارضًا بقوله ﷺ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَاغْرَمْهَا لَهُ»[1] وبالقياس على ما إن وجدها فى الحضر.

ولأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيضمنه؛ كسائر الأموال.

والجواب عن الأول: أن معنى الحديث: التسوية بينه وبين الذئب لا ما ذكرتموه؛ عملًا بالعطف بينه وبين الذئب، وعلى ما ذكرتموه: لا تقع التسوية فيلزم خلاف القاعدة.

عن الثانى: من وجهين.

أحدهما: أن صاحبها المعطوف لا يجب عليه شىء إذا أكل، فكذلك الآخذ؛ عملًا بما ذكرتموه من التسوية.

وثانيهما: أن الأخ وإن عطف فكذلك الذئب عطف أيضًا، وهو لا يجب عليه شىء ولو أكل، كذلك الآخذ؛ عملًا بالعطف المسوى.

عن الثالث: لم يسقط الملك فى حق صاحبها والحديث يقتضيه؛ لأن تقديره: هى لك إن أخذتها أو لأخيك إن أخذها، أو الذئب إن تركتماها، فملك صاحبها بشرط هو مفقود، فينتفى ملكه لانتفاء شرطه.

عن الرابع: منع الصحة.

عن الخامس: الفرق بأنها فى الحضر لم تبطل ماليتها؛ للقدرة على صونها بالبيع، ولا يجدها الذئب، بخلاف الفلاة وهو الجواب عن السادس[2].

ثم إن الحديث وجد فيه [إتلافه][3] ما يفسد الملك لمن يقبل الملك وهو الواجد، فيفيد أن له الملك؛ لأنه أصل هذه الإضافة، وكما لو قال: هذا المال للذئب، فإن قالوا: الذئب لا يملك، وقد وجد فى حقه عين ما ذكرتموه؟ قلنا: لا يلزم من مخالفة الدليل فى غير صورة النزاع مخالفته فيها؛ لأن الأصل: إعمال الدليل بحسب الإمكان.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٨) من حديث أبى هريرة بلفظ «ضالة الإبل المكتوبة غرامتها ومثلها معها».

(٢) فى ط: الخامس.

(٣) كذا فى ط.

ولنا أيضًا فى الحديث: قوله ﷺ: «هِيَ لَكَ» والمبتدأ يجب انحصاره فى الخبر، فتخص الشاة للواجد دون المالك، فلا يتعلق بها المالك بوجه، وهو المطلوب.

تفريع: قال فى الكتاب: وضالة الإبل فى الفلاة يتركها، فإن أخذها عرفها ولا يأكلها ولا يبيعها، وإن لم يجد صاحبها فليخلها[1] بالموضع الذى وجدت فيه، وإن رفعتها للإمام فلا يتبعها بل يفعل ما تقدم، وكذلك فعل عمر - رضى الله عنه - وكان عثمان - رضى الله عنه - يبيعها ويفرق ثمنها لأربابها.

والخيل، والبغال، والحمير يعرفها، فإن لم يأت صاحبها تصدق بها.

قال عبد الملك: الحق ولو جاء صاحب الشاة بعد ذبحها، أخذها ما لم يأكلها؛ لأنها غير ماله.

قال التونسى: إذا رد الإبل بعد أخذها، لم يضمنها؛ لأن الحديث اقتضى منع الأخذ، فالرد فعل الواجب فلا يوجب ضمانًا، ولو أنفق عليها فى موضع الأمن لم تكن له نفقة، وإنما فى المدونة: إذا أسلم البعير ربه، فأنفق عليه وأخذه، فلا يأخذه إلا بالنفقة؛ لأنه لو تركه هنالك لمات، ولو كانت الإبل بموضع خوف من السباع لكانت مثل الغنم، وجاز أكلها؛ لذكره ﷺ العلة التى من أجلها فرق.

ولم يحدد فى تعريف الدواب شيئًا.

وقيل: سنة.

والأولى[2]: إن كان ينفق عليها عرفها سنة.

قال صاحب المقدمات: ظاهر قول مالك فى المدونة: أن حكم الإبل عام فى الأزمان.

وعنه: أنه خاص بزمان العدل وصلاح الناس، وأما زمان فساد الناس فتؤخذ وتعرف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها، فإن لم يأت صاحبها تصدق به عنه، كما فعله عثمان - رضى الله عنه - لما فسد الزمان.

وفى الجواهر: يلتقط الكلب بالمكان الذى يخاف عليه فيه؛ لأنه معصوم. وقاله (ش).

---

(١) فى ط: خلاف.

(٢) فى ط: والأول.

قال ابن يونس: وإن وجد شاة اختلطت بغنمه:

قال سحنون: فهى كاللقطة يتصدق بها بعد السنة، فإن جاء ربها ضمنها له، وله شرب لبنها؛ لأنه يرعاها.

قال مالك: فإن ذبحها قبل السنة ضمنها إلا أن يخاف موتها فيزكيها، فلا شيء عليه له.

وعنه: إن ذبحها بعد السنة وأكلها فلا غرم عليه.

قال أصبغ: فلو قدم بالشاة من الفلاة حية للأحياء، وجب تعريفها ويضمنها لأهل قرية يعرفون بها، ولا يأكلها الآن، وهى لقطة حينئذ.

وقال غيره: من وجد طعامًا فى فيافى الأرض فحمله للعمران، بيع ووقف ثمنه، وإن أكله بعد قدومه ضمنه.

وعلى هذا القول: يضمن اللحم إن أكله، خلافًا لأصبغ.

وعن مالك: إذا وجد الشاة بقرب العمران فعرفها، فإن لم يأت ربها تصدق بثمنها أحب إلى، وليس بواجب، ونسلمها مثلها، وأما اللبن والزبد فإن كان بموضع له ثمن، بيع وصنع بثمنه ما يصنع بثمنها ويأكل من ذلك بقدر علوفتها، [أو بموضع](١) لا ثمن له والصوف والسمن، فتصدق بثمنه أو به.

قال مالك: وإن تصدق بها أو بثمنها، لم يضمن لربها شيئًا.

وعن مالك: ضالة البقر كالغنم إذا وجدها بالفلاة أكلها ولا يضمنها، وإن وجدها فى قرب العمران عرفها ويكريها فى علوفتها كراء مأمونًا.

قال أشهب: وإذا كان الإمام غير عدل لا تدفع إليه الإبل، وليخلها حيث وجدها، وإن لم يكن للإبل منعة فهى كالغنم يأكلها، إذا وجدها بالفلاة ولا يغرمها لربها.

وقوله فى الخيل وما معها: يتصدق بها، يريد: بها أو ثمنها.

والواجد إذا أنفق على عبد أو دابة فهو أحق بما عنده من الغرماء حتى يقبض النفقة، والنفقة له إلا أن يسلمها ربها فى النفقة، فإن أسلمها ثم بدا له:

قال أشهب: ليس له أخذها ودفع النفقة؛ لأنه أسقط حقه منها.

---

(١) فى ط: وبموضع.

قال ابن كنانة: لا ينبغى أخذ الخيل والبغال والحمير ولا ينفق عليها؛ لأن النفقة قد تستغرقها فتهلك على ربها.

وعن مطرف: له إن تركها من موضع وجدها إلى موضعه، فأما فى حوائجه فلا، فإن فعل ضمن، وإن أحب بيعها رفع ذلك إلى الإمام إن كان مأمونًا إلا فيما خف من الشاة والشاتين فيليه ويشهره، وقاله أصبغ.

قال اللحابى[1]: لضالة الغنم خمسة أحوال.

على بعد من العمارة وهو وحده، أو معه الواحد أو اثنان، ومن لا حاجة له بشرائها، أو فى جماعة يقدر على بيعها، أو معه غنم، أو بقرب عمارة، أو فى القرية نفسها.

فالأول: لواجدها كما تقدم، والقياس: إذا نقلها حية لا شىء عليه؛ لأنه إنما نقلها بعد أن بقيت ملكه، وإن كان فى رقة باعها ووقف ثمنها، وإن أكلها ضمنها، فإن تصدق بها:

عن مالك: لا شىء عليه، وليست المواشى كغيرها.

وقيل: يضمنها.

قال: وهو الأحسن؛ لأن الأصل: بقاء الأموال لمالكها.

وإن كان معه غنم ضمها إليه سنة، وإن ذبحها قبل السنة اختيارًا، ضمنها، وإن خاف عليها، لم يضمن إلا أن يقدر على بيع لحمها.

وإن وجدت قرب قرية ضمها إليه وعرفها، فإن لم يفعل وأكلها ثم تبين أنها لأهل ذلك الموضع، ضمنها، واختلف إذا كانت لغير أهل تلك القرية، فقال أشهب: لا شىء عليه.

وعن مالك: يضمنها، أكلها أو تصدق بها، ولم يفرق بين أن تكون لهم أو لغيرهم، وهو أحسن؛ لما تقدم.

وإن وجدها فى قرية فلقطة، كالأموال، فكان فى الحكم الأول ترك الإبل؛ لأنه زمن النبوة والصحابة، ثم كذلك فى خلافة عمر؛ لعدم الإخافة وصلاح الناس، ولم يترك فى زمان عثمان - رضى الله عنه - لعدله وفساد الناس، ثم فسد السلطان

---

(١) كذا فى ط، ولعلها: اللخمى.

والناس، فتؤخذ ولا تدفع إليه.

قال: وهو حال الناس اليوم، تعرف، فإن لم يأت صاحبها بيعت، إن يخش السلطان إن عرفت لم تؤخذ وتركت، وإن لم يخش إلا على الثمن أهملت حيث وجدت، وإن كانت بموضع فيه السباع أخذت وعرفت؛ لأنه لا مشقة فى بلوغها بخلاف الشاة. إلا أن يخاف السلطان فى تعريفها فتترك، فلعل صاحبها يدركها قبل السبع.

والبقر والخيل والدواب إن كانت فى موضع رعى وما أمن من السباع، امتنع أخذها.

ومتى انخرم أحد هذه الوجوه أخذت، وليس لها صبر على الماء كالإبل، أما من يتولى بيعها حيث بيعت:

فعن مالك: لا يبيعها إلا الإمام؛ لأنه الناظر.

وعن ابن القاسم: إن باع بغير إذن الإمام ثم جاء صاحبها ولم تفت، لم يكن إلا الثمن.

قال أشهب: لينقض البيع، وإن لم يقدم عليها لم يكن له إلا الثمن إذا بيعت خوف الضيعة بخلاف الثياب، ولا مؤنة له فى بقائه، فإن لصاحبه الأكثر من الثمن أو القيمة؛ لأن الواجد فوته على صاحبه.

وقال مطرف: الدفع للإمام وينفذ بيعه؛ لأن الشرع ولاه عليها، فهو[1] كالإمام.

قال: وينبغى ذلك وصحة البيع ويكون حكم الثمن ووقفه والانتفاع به والتصدق به حكم اللقطة.

وقالت الشافعية: لا تلتقط الإبل والبقر والحمير والبغال والخيل، ولا ما فى أذنه قرط - بالقاف، وهو الذى يعلق من الحلى فى الأذن - من الغزلان، أو الحمام للتمليك.

وجوزه (ح) ؛ قياسًا [على الغنم][2].

وفى أخذها للحفظ قولان.

---

(١) فى ط: فهى.

(٢) فى ط: لغنم.

وجوز (ح) التقاط الإبل والبقر والشاة.

وقال ابن حنبل: لا يلتقط ما يمتنع بنفسه عن صيد[1] السباع، ويرد الماء بقوته كالإبل، والبقر، أو بطيرانه كالطير، أو سرعته كالظباء، والكلاب، والفهود.

وقال (ش)، وابن حنبل: البقر، والإبل، والبغال، والحمير، سواء؛ لعظم أجسامها، ومتى أخذها ملتقط ضمنها، قاله ابن حنبل.

وللإمام حفظها على أربابها اتفاقًا؛ لأنه الناظر فى أموال الغائبين إجماعًا.

الفرع الرابع: فى الكتاب: يدفع الآبق للإمام ويوقف سنة، وينفق عليه، فإن جاء صاحبه وإلا باعه، وأخذ من ثمنه نفقته، وبقية ثمنه لصاحبه يدفع فى بيت المال، ويباع بعد السنة، ولا يطلق يعمل ويأكل، ولا يجعل كضالة الإبل؛ لأنه يأبق ثانية.

فائدة:

فى التنبيهات: الإباق - بكسر الهمزة - اسم للذهاب فى استتار، وهو الهروب، والأبق - بالفتح وسكون الباء، وفتحها - اسم الفعل.

قال التونسى: لو كانت النفقة عليه فى السنة تستغرق ثمنه، لم يكن فى الحبس فائدة، وبيع قبل السنة.

وقال أشهب: يطلقه ولا ضمان؛ لأنه يأكل من عمله، فهذا نفع لصاحبه.

قال ابن يونس: قال مالك: لم أزل أسمع أن الآبق يحبس سنة ثم يباع.

قال سحنون: لا أرى ذلك، لكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع، ويحكم الحاكم صفته عنده حتى يأتى صاحبه.

قال ابن يونس: وهو الصواب؛ لئلا يذهب فى نفقته.

قال اللخمى: قال مالك: لا يقرب الآبق، ولا يأخذه، إلا أن يكون لأخ أو لمن يعرف.

وقال ابن القاسم: إن كان لمن يعرف فيستحب له أخذه.

وقال أشهب: إن كان لقريب استحب له أخذه، أو بعيد تركه أحب، وأما تركه بعد أخذه:

ففى المدونة: إن أرسله ضمنه.

---

(١) فى ط: صعد.

وعنه: إرساله خير من بيعه، فيملك ثمنه، أو يطرح فى السجن فلا [. . .][١] يطعمه بخلاف البعير يكفيه الرعى، وقد يسرق العبد [. . .][٢]، وقد [. . .][٣] فى الإباق مرة أخرى، وربما قتلك، ومفاسده كثيرة.

ومتى كان إن انصرف على أميال يسيرة فلا يتبعه إن لم تخف منه، ويحمل قوله: إن كان لمن لا يعرف لا يقر به: على فساد السلطان [. . .][٤] أخذه، وأما من يعرف فيرسله له بغير إنشاد.

وقوله: تعرف سنة، يريد: إذا كانت له صنعة تقوم به، أو أن يكون الإمام عدلا ينفق عليه، إن دفع للسلطان، بيع قبل السنة، وبقى التعريف، وإن بيع بعد السنة، فالقياس ألا يتصدق بثمنه حينئذ، ولا ينفقه، بخلاف اللقطة؛ لأن للقطة موضعًا يتفقدها صاحبها فيه، فإذا مضت السنة، ولم يأت ظهر العوز.

بخلاف السنة فى الآبق فيوقف الثمن عندها، وعند أمين.

ووافقنا الأئمة على جواز أخذ الآبق للحفظ لا للتملك[٥]، ويدفعه للإمام وإن لم يقدر على حفظه يبيعه، أو يأخذه على حسب مصلحة مالكه، ولم أر حبسه إلا لنا، وغيرنا لم ينكر ذلك.

نظائر: الآبق، واللقطة، والمجنون تستتم له سنة، والمعترض تمضى له الفصول الأربعة، والعهدة للجنون، والجذام، والبرص، وعهدة المستحاضة، والمرتابة، والمريض، والشفعة على رأى أشهب، وابن القاسم يزيد الشهر والشهرين، واليتيمة إذا مكثت فى بيتها اعتبر رشدها، والجرح لا يحكم فيه إلا بعد سنة من البرء؛ لاحتمال سريانه، وانتقاضه فى أحد الفصول، وشاهد الطلاق إذا أبى أن يحلف المشهود عليه يحبس المحلوف عليه سنة، والهبة لا تبطل بالإعادة إذا حازها الموهوب له سنة، بخلاف الرهن، والموصى بعتقه وامتنع أهله من بيعه، ينتظر سنة، فإن باعوه عتق بالوصية.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) فى ط: للتمسك.

الفرع الخامس: فى الكتاب: إذا جاء بالآبق من عادته طلب الضوال، فله جعل مثله فى مثل ذلك الآبق، وصعوبته، وإلا فلا جعل له، وله النفقة.

وقال (ش): هو متبرع لا أجرة له.

وقال (ح): له فى مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهمًا، وما دونها يقدر به.

وقال ابن حنبل: كل من عمل لغيره عملًا بغير شرط، لا يستحق شيئًا إلا فى الآبق.

والفرق عنده بينه، وبين الضالة: خوف الذهاب لأرض الحرب، واشتغاله بالفساد، وقطع الطريق، وغير ذلك.

وروى الجعل عن عمر، وعلى، وابن مسعود، وعنه ﷺ أنه جعل فى جعل الآبق إذا جاء به من داخل الحرم دينارًا، ويروى: أربعين درهمًا.

وهو يدل على ثبوت الأجرة من غير شرط، ولا مستند فيه.

و (ح) فى جعله ذلك فى كل ثلاثة أيام فأكثر، فى سائر الأعصار، والأمصار؛ لأنه يتعين على جعله ذلك أجرة المثل فى ذلك الزمان، وذلك المكان، ولا يلزم خلاف القواعد، فإن الأصل أن الأجرة بقدر العمل فى صورة النزاع.

تفريع: قال اللخمى: النفقة داخلة فى أجرة المثل، فيبنى الجعل على ذلك، ثم يخير السيد بين فدائه بذلك وإسلامه، قاله مالك.

وابن القاسم قال: وأرى أن من ليس شأنه طلب الضوال، وخرج لأجل هذا العبد، وصاحبه ممن لا يتكلف طلبه بنفسه، بأن يجعل أن يكون صاحبه الأقل من جعل هذا، وجعل من كان يرجيه لطلبه، مقتضى القاعدة المتقدمة فى الفروع الأول.

الفرع السادس: فى الكتاب: إذا أبق المكاتب لم تفسخ كتابته إلا بعد حلول النجم، ويلزم الإمام قياسًا على هروب المديون قبل أجل الدين.

الفرع السابع: فى التبصرة: عتق الآبق جائز لازم لسيده، وعتقه إلى أجل وتدبيره بخلاف البيع؛ لأن العتق إسقاط لا ينافيه الغرر، بخلاف المعاوضة يفسد حكمها بالغرر، كأن جعل الأجل من يوم أعتق ولم يقدر عليه حتى انقضى الأجل فهو حر، أو قبل ذلك خدمه بقية الأجل، وإن جعل الأجل من يوم وجوده جاز، واستبق الأجل وجوده، وتجوز كتابته موقوفة إن وجده، وكان قصده إجباره على الكتابة فهو مكاتب، وإلا خير العبد بين القبول والرد.

وفائدة الكتابة الآن: انعقادها على السيد، فإن قبلها العبد، لم يكن للسيد الرجوع، وإن أعتقه على ظاهره جاز، ويمنع من امرأته حتى تعلم حياته وسلامته من العيوب يوم العتق.

وقال ابن حبيب: لا يجزئه إلا أن يكون صحيحًا يوم أعتقه، ويوم وجده، والأول أحسن.

الفرع الثامن: قال: إذا اشتراه رجل بأمر سيده بعد إباقه لأرض الحرب منها، فهلك قبل وصوله فمن سيده، ويغرم للمأمور ما افتداه به، وإن أعتقه الذى اشتراه رد عتقه، أو وطئ الأمة حد، وتؤخذ الأمة وولدها؛ لعدم الشبهة، أو لغير إذن سيده، فضمانه فى الهالك منه، لوضع يده عليه بغير أمره[١].

وأمضى ابن القاسم العتق والإيلاد، لشبهة العقد مع عدم الوكالة، فهو كالمشترى لنفسه، وردهما أشهب، وقال: تحاسبه بقيمة الولد من الثمن.

قال: وهو أصوب، ولو كان ذلك فوتًا لكان عليه فضل القيمة يوم أعتق أو أولد؛ لأنه أتلف ملك[٢] غيره بشبهة.

الفصل الثالث: فى أحكام اللقطة

وهى خمسة:

الحكم الأول: الضمان.

وفى الجواهر: أمانة فى يد من قصد أخذها للمالك[٣] ما دام ذلك القصد، وقاله الأئمة.

ومضمونة على من أخذها بنية[٤] الاختزال، وقاله الأئمة؛ لأنه مأمور بالأول، ومنهى عن الثانى، فهو متعد فيه، وفى الأول، وكيل لربها من قبل الشرع.

وأن من أخذها ليعرفها سنة ثم يتصدق بها[٥]، أو يتملكها، فهى أمانة فى السنة؛ لأنها ممسوكة لحق ربها كالوديعة، ومضمونة بعدها إن تصدق بها؛ لتصرفه فى ملك

---

(١) فى ط: أمرك.
(٢) فى ط: ملكًا.
(٣) فى ط: لمالك.
(٤) فى ط: ببنية.
(٥) فى ط: يتصدقها.

الغير بغير إذنه إلا أن يختار ربها إمضاء الصدقة عن نفسه، وإن أبقاها بعد السنة على التعريف فأمانة، وحيث كانت أمانة فضاعت منك، لم تضمنها.

قاعدة: القابض لمال غيره ثلاثة أقسام:

لحق المالك المحض؛ كالوديعة فأمانة إجماعًا، ولا ضمان.

ولحق القابض للصرف، كالقرض، فليس بأمانة إجماعًا.

ولحقهما كالرهن، فلولاه لم يعامل صاحبه، ولولاه ما توثق المرتهن عنده، فاجتمع الحقان، فيختلف العلماء فيه بالضمان وعدمه، واللقطة من باب الوديعة فلا تضمن.

وفى هذا الحكم أربعة فروع:

الفرع الأول: فى الكتاب: إذا قال: أخذتها لتذهب بها، وقلت: لأعرفها، صدقت؛ لأنه يدعى عليك وجود سبب الضمان، والأصل عدمه، وظاهر المسلم المشى على حدود الإسلام، فيجتمع معك الأصل، والظاهر، فتصدق مع يمينك إن اتهمت، وإلا فلا يمين، قاله فى المقدمات.

وقال (ح): الملتقط ضامن إذا لم يشهد؛ لقوله ﷺ: «مَنِ الْتَقَطَ فَلْيُشْهِدْ ذَوَى عَدْلٍ، وَلَا يَكْتُمْ، وَلَا يُغَيِّب، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَهُوَ أَحَق بِهَا، وَإِلَّا فَمَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ»(١)

وجوابه: أنه محمول على الندب، ولا معنى لقولهم ذلك؛ لأنه قد يشهد بخلاف ما كان أضمر احتياطًا لنفسه.

وفى المقدمات: الإشهاد مستحب عند مالك.

وعند (ش): يجب عليه عند أخذ اللقطة قبل التعريف ستة أشياء:

---

(١) أخرجه الطيالسى فى كتاب الشفعة واللقطة: باب اللقطة (١٤٠٩)، وأحمد (٤/ ١٦١)، وأبو داود فى كتاب اللقطة. باب التعريف باللقطة (١٧٠٩)، وابن ماجه فى كتاب اللقطة: باب اللقطة (٢٥٠٥)، والنسائى فى الكبرى (٣/ ٤١٨)، وابن حبان (١١٦٩ - موارد)، وابن الجارود (٦٧١)، والطحاوى فى كتاب الإجازات: باب اللقطة والضوال (٤/ ١٣٦)، والطبرانى فى الكبير (١٧) (٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٩٠)، والبيهقى فى كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير. وابن عبد البر فى التمهيد (٣/ ١٢١ - ١٢٢). كلهم من طريق خالد الحذاء عن يزيد بن عبد الله بن الشخير عن مطرف عن عياض بن حمار، به.

أن يعرف عفاصها ووكاءها، وجنسها، دراهم أو دنانير، ووزنها أو مكيلتها، أو عددها.

والرابع: نوعها دراهم مصرية أو مغربية.

والخامس: كتابة ذلك.

والسادس: الإشهاد، ولا يضمن عنده بترك الإشهاد، ومستنده في هذه: حتى يتمكن من العلم بأن صاحبها عرفها.

ووافقنا ابن حنبل على حمل حديث الإشهاد على الندر؛ قياسًا على الوديعة بجامع الأمانة[1].

الفرع الثاني: قال: إذا رددتها لموضعها بعد حوزها، أو لغير موضعها، ضمنتها، أما لو رددتها من ساعتها؛ كما لو قلت في [...][2] رجل هذا لك؟ لشيء رأيته، فيقول: لا، فتتركه فلا شيء عليك.

وفي التنبيهات: إذا أخذها بنية التعريف، ثم أخذها بالقرب، فهل مذهب ابن القاسم الضمان أم لا؟ تأويلان للشيوخ.

وفي المقدمات: قال أشهب: لا يضمن ردها بالبعد أو بالقرب، ويحلف: لقد ردها في موضعها، فإن ردها في غير موضعها، ضمن؛ كالوديعة إذا تسلف منها ثم ردها بصرتها.

ووافقنا (ش)، وابن حنبل في الضمان إذا ردها.

وقال (ح): لا يضمنها؛ قياسًا على رد الوديعة إلى ربها، وبجامع العادة للحالة الأولى، وعلى ما إذا اضطر صيد للخروج على الحرم ثم رد إليه؛ لأن عمر - رضي الله عنه - قال لرجل وجد بعيرًا: أرسله حيث وجدته.

والجواب عن الأول: أنه إذا أخذها لنفسه ثم ردها، ضمنها، ولو أخذ الوديعة لنفسه ثم ردها لربها، برئ، فرد الوديعة أقوى في الإبراء، فلا يلحق به غيره.

ولأن رد اللقطة إلى موضعها رد لمظنة الضياع، ورد الوديعة لربها رد لمظنة الحفظ، فأبين أحدهما من الآخر.

---

(١) في ط: الأئمة.

(٢) بياض في ط.

عن الثاني: أنه لو أخذ الصيد لنفسه ثم رده، برئ، فيأتي الجوابان أيضًا؛ لأن الحرم مظنة حفظ الصيد بالزاجر الشرعي.

عن الثالث: أن البعير ضالة منهي عن أخذه، ونحن نتكلم فيما أمرنا بأخذه وحفظه، فأبين أحدهما من الآخر.

بل إذا أخذ اللقطة صارت في يده أمانة؛ كالوديعة، فإذا ردها فقد أضاعها فيضمن؛ كما لو عرض الوديعة للضياع.

الفرع الثالث: في الكتاب: إذا أبق منك الآبق، فلا شيء عليك، وإن أرسلته بعد أخذه، ضمنته، بناء على ما تقدم.

وفي النوادر: قال ابن عبد الحكم: لو تركه بعد أخذه خوفًا من قتله له، أو ضربه، لم يضمن، أو لشدة النفقة، ضمن.

ومتى أرسلته في حاجة خفيفة قريبة، فلا شيء عليك؛ لأن ذلك ليس بتفريط عادة.

الفرع الرابع: في الكتاب: إذا استهلكها قبل السنة، فهي في رقبته؛ لأنها جناية، وبعد السنة، ففي ذمته.

قال التونسي: لعل السنة ليست جناية؛ لقوله ﷺ: «فَشَأْنَكَ[1] بِهَا»[2]، فسلطه عليها.

قال: وفيه نظر؛ لأن العبد بعد السنة غير مأذون له في الصدقة ولا في الاستنفاق، فأشبه قبل السنة.

قال اللخمي: ليس لسيده منعه من التعريف؛ لإمكانه منه عند تصرفه لسيده، ولا يمنعه مصلحة سيده، ولسيده انتزاعها منه على يدي عدل لئلا يحلف عليها إن تلفت، أو يتصرف فيها العبد لاسيما إن كان العبد غير أمين.

والأظهر عند الشافعية: منع العبد من الالتقاط؛ لأنها ولاية قبل الحول على التصرف، وبعده على التبرع في التصرف، وهو ليس من أهل الولاية، وآخر أقوالهم مع (ح)، وابن حنبل: الجواز.

---

(١) في ط: شأنك.
(٢) تقدم.

لنا: القياس على سائر الأسباب الفعلية: كالاحتطاب، والاصطياد.

وبنى (ش) على أنه ليس له ذمة يستوفى منها بناء على أنه لا يملك، وهو أصل نحن نمنعه.

وعنه: إذا التقط، وفرط، ففى رقبته؛ كما لو غصب، وكذلك عنده كل من فيه شائبة رق.

وقال الأئمة كلهم: يجوز للمحجور عليه الالتقاط؛ قياسًا على الاحتطاب، والفرق: عليه [شائبة المالية على العبد فأشبه البهيمة][1].

الحكم الثانى: التعريف، وفيه خمسة أبحاث:

وجوبه، وزمانه، ومكانه، وكيفيته، ومن يتولاه.

البحث الأول: وجوبه:

ففى الجواهر: هو واجب عقيب الالتقاط فيما له بال، ووافقنا ابن حنبل.

وقال (ش): إن أراد التمليك وجب التعريف، حتى يتأتى له الملك، وإن لم يرد التمليك لا يجب؛ لأن الأصل براءة ذمته من حق صاحبها.

لنا: وجوه:

الأول: أمره ﷺ بالتعريف، والأمر للوجوب.

الثانى: أنه سبب إيصالها لمستحقها، وصون المال على مستحقه واجب، فوسيلته واجبة.

الثالث: أن ردها لموضعها حرام؛ لكونه وسيلة لضياعها، وكذلك عدم تعريفها قياسًا عليه، فيجب التعريف.

الرابع: لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط؛ لأن بقاءها فى موضعها أقرب لوجدانها، وحفظ المال واجب بحسب الإمكان.

الخامس: التمليك غير واجب إجماعًا فلا تجب وسيلته، وصون المال واجب إجماعًا فتجب وسيلته. والشافعية عكسوا القضية.

تمهيد:

الواجب له معنيان: ما يأثم بتركه، كالصلوات الخمس ونحوها، وهذا هو المعنى

---

(١) كذا فى ط.

المشهور.

والثانى: ما يتوقف عليه الشيء وإن لم يأثم بتركه، كقولنا: الوضوء واجب فى صلاة التطوع ونحوه، مع أن المتطوع لو ترك ذلك التطوع لم يأثم.

وإنما معناه: أن الصلاة تتوقف صحتها على الطهارة والستارة ونحوهما، ومن هذا المعنى وجوب التعريف عند (ش) عند إرادة التمليك، معناه: أن التمليك يتوقف عليه كالوضوء فى الصلاة، فيرجع مذهبه إلى عدم وجوب التعريف مطلقا، لكن تملك الواجد يتوقف عليه، فهذا تحقيق مذهبه، وهو محجوج بما تقدم.

ويظهر بطلان الوجه الأخير من أدلتنا بهذا البيان، فإنه لم يقل بالوجوب فى بعض الصور ألبتة.

البحث الثانى: فى زمانه:

قال فى الجواهر: وهو سنة عقيب الالتقاط، وقاله الأئمة.

لكن قال (ش): ابتداؤها: من وقت التعريف، لا من وقت الأخذ، وأجابوا عن حديث الثلاثة الأحوال، بما قاله أبو داود، قال: سئل الراوى بعد ذلك فقال: ما أدرى ثلاثة أعوام، أو ثلاثة أيام، وإذا شك سقطت روايته.

وحكمة السنة: اشتمالها على الفصول الأربعة، فلا تبقى قافلة إلا وقد تهيأ زمن سائرها، بحسب سلعها، ومزاج بلادها، فيأتى الفصل الذى يناسبهم.

ولأنها مشتملات على أغراض الأسفار.

قال اللخمى: فإن أمسكها، ولم يعرفها، ثم عرفها فى الثانية فهلكت، ضمنها؛ لتعديه بالتأخير، وإن هلكت فى السنة الأولى، ضمنها، إذا تبين أن صاحبها من الموضع الذى وجدت فيه، وإن كان من غيره، وغاب بقرب ضياعها، ولم يقدم فى الوقت الذى ضاعت فيه، لم يضمن؛ لعدم تعين فائدة التعريف فى تلك المدة، فلم يتعين العدوان الموجب للضمان.

وفى الجواهر: يعرفها كل يومين أو ثلاثة، وكلما تفرغ، ولا يجب عليه ترك التصرف فى حوائجه للتعريف، والمال القليل الذى لا يفسد، وشهادة العادة بأن صاحبه لا يتبعه - لا يعرف أصلًا، وقاله الأئمة؛ لحديث الثمرة[1].

---

(١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ١٨٠، ٢٠٣)، وأخرجه أبو داود فى السنن (٢/ ٣٣٦) كتاب اللقطة: باب فى التعريف باللقطة (١٧١٠)، =

وعن عائشة - رضى الله عنها -: لا بأس بما دون الدرهم[١]

ورأى عمر - رضى الله عنه - رجلًا يعرف زبيبة فى الطرق، فقال: إن من الورع ما يمقته الله.

وقال (ح): لا يعرف ما دون الدينار، ولأن الأصل: عصمة الأموال، وحفظها على أربابها، ووجوب التعريف؛ بظاهر عموم النص.

قال: وإن كان [. . .][٢] فهو قليل يتبعه فيعرف، وظاهر الكتاب سنة كذى البال؛ لظاهر الحديث. عن ابن القاسم: أيامًا من غير تحديد بل بحسب ما يظن أن مثله يطلب، وهو كالمخلاة والدلو ونحوهما.

ومن سماع أشهب: يعرف العصا والسوط، وإن لم يعرفهما أرجو أن يكون يسيرًا، وأما ما يفسد وإن كان كثيرًا كالطعام، فقد قال ﷺ: «مَنِ الْتَقَطَ طَعَامًا فَلْيَأْكُلْهُ».[٣]

قال التونسى: إن كانت الدابة لا غلة لها، والنفقة عليها قبل السنة، تستغرق نفقتها ثمنها، فالأولى أن تباع قبل السنة؛ لأن ذلك أصلح لربها، وكذلك الآبق. وقاله (ش).

ولو كانت غلتها تفى بنفقتها عرفت سنة؛ لظاهر الحديث.

وفى الكتاب: أكره التصدق باللقطة قبل السنة، إلا فى التافه.

قال صاحب التنبيهات: مراده: أن اليسير يعرف دون السنة، وهذا يؤكد على نقل المقدمات فى أن ظاهر الكتاب: أن اليسير يعرف سنة كالكثير، فتأمل ذلك.

البحث الثالث: مكان التعريف.

وفى التبصرة: هو الموضع الذى التقطت فيه، إن كان المالك يراجعه،

= وأخرجه الترمذى فى السنن (٣/ ٥٨٤) كتاب البيوع: باب ما جاء فى الرخصة فى أكل الثمرة (١٢٨٩)، وقال: هذا حديث حسن. وأخرجه النسائى فى المجتبى من السنن (٨/ ٨٥) كتاب قطع السارق: باب الثمر يسرق، وأخرجه ابن ماجه فى السنن (٢/ ٨٦٥) كتاب الحدود: باب من سرق من الحرز (٢٥٩٦).

(١) أخرجه ابن أبى شيبة (٦/ ٤٥٨)، وينظر: التلخيص (٣/ ١٧٦).

(٢) بياض فى ط.

(٣) قال ابن حجر فى التلخيص (٣/ ١٧٤): لا أصل له. وقال الرافعى فى التذنيب: هذا اللفظ لا ذكر له فى الكتب.

والمواضع التى تجتمع الناس إليها، ودبر الصلوات، وعلى أبواب المساجد، والجامع، وإذا كان يجلس إلى أحد[1] يسأل، ولا يرفع صوته؛ لما فى مسلم: رأى رسول الله ﷺ رجلًا ينشد ضالة فى المسجد فقال ﷺ له: «لَا وَجَدْتَّ»[2].

وقال أشهب: تعرف فى موضع [ما] وجدت، وعلى أبواب المساجد: اليومين، والثلاثة، ونحوها، ثم بقية السنة عند من حضر، وعند من لقى، وإن وجدها فى طريق بين مدينتين، عرفها فيهما، لعدم تعين أحدهما، [ويجب احترام المسجد][3].

قال الأئمة: والمقصود: بذل الجهد فى إيصالها.

البحث الرابع: فى كيفية التعريف.

قال اللخمى: اختلف عن مالك فى ذكر جنسها إذا عرفها.

قال: وعدم تسمية الجنس أحسن، وتلف ذكرها مع غيرها، وإن أفرد فلا بأس؛ لأنها لا تدفع بمعرفته فقط، وبالأول قال (ش).

قال: لا يقول جنسها، بل من ضاع له شىء؛ لأنه أبلغ فى عدم التسلط عليها.

البحث الخامس: فيمن يتولى التعريف:

قال اللخمى: هو مخير بين تولى التعريف بنفسه، أو يدفعها للسلطان إذا كان عدلًا، أو يدفعها لمأمون يقوم مقامه فيها، أو يستأجر عليها من يعرفها.

قال ابن شعبان: وأجرتها منها إذا لم يلتزم تعريفها، أو كان مثله لا يلى مثل ذلك، وله التعريف دون إذن الإمام.

وعند (ش): لا يخرجها من يده، إلا لعذر سفر أو نحوه.

وجوز الأئمة الاستنابة فى التعريف، وقالوا: لا أجرة على المالك؛ لأن الواجد لو عرف بنفسه، لم تكن له أجرة، فكذلك نائبه، ولأنه يقوم بما وجب عليه، والأجرة على الملتقط عندهم.

الحكم الثالث: غلة اللقطة ومنافعها: وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: فى الجواهر: قال ابن حبيب: ذكرت امرأة لعائشة - رضى الله عنها -

---

(١) فى ط: الحق.

(٢) أخرجه مسلم (٥٦٩/٨٠) من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه.

(٣) فى ط: وبهذه الجملة، واحترام المسجد.

أنها وجدت شاة فقالت لها: عرفى واعلفى واحلبى واشربى[١].

قال سحنون: إذا وجد شاة اختلطت بغنمه، فهى كاللقطة يتصدق بها، وإذا جاء ربها ضمنها له؛ قياسًا على اللقطة، وله شرب لبنها، وذلك خفيف.

وقال مالك: وإذا أبصرها بفلاة من الأرض حبسها مع غنمه ولا يأكلها، سنة أو أكثر منها، وله حلابها لا يتبع به، ونسلها مثلها، وإن كان اللبن والزبل بموضع له ثمن، بيع وصنع بثمنه ما يصنع بثمنها، وإن كان قيام وعلوفة لكل حسبما تقدم ذلك. [أو بموضع لا ثمن][٢] له يأكله، ويكرى البقر فى علوفتها كراء مأمون؛ لأنه ناظر لأخيه المؤمن بالمصلحة، وأما الصوف والسمن فيتصدق به أو بثمنه.

قال ابن حبيب: وله ركوب الدابة من موضع وجدها إلى موضعه؛ لأن مالكها لو رأى ذلك لم ينكره، وهو مأذون فيه عادة فى الالتقاط، بخلاف أن يتصرف عليها فى حوائجه، فإن فعل، ضمن؛ لتعديه.

وله كراؤها فى علفها كراء مأمونًا، وليس لحبسها حد، بل باجتهاده.

وقال أشهب: إذا أنفقت على الدواب، والإبل، والبقر، خير ربها بين غرم القيمة وأخذها أو إسلامها فيها؛ لأن النفقة قد تزيد على ماليتها، وهو لم يأذن فى ذلك، فإن أسلمها فليس له أخذها لإسقاطه حقه منها.

قال التونسى: لو أنفق عليها فى موضع لو تركت لعاشت بالرعى، لا ينبغى أن يكون للمنفق شىء، وإذا أنفق على الدابة لم يأخذها مالكها حتى يعطى النفقة؛ لأنك قمت بما عليه.

قال: والأولى إذا أنفقت من غلتها أن يعرفها سنة، وإن كانت لا غلة لها، وإذا أنفقت عليها قبل السنة، استغرقت نفقتها ثمنها، فالأولى أن تباع قبل السنة؛ لأن ذلك نفع لربها، وكذلك الآبق.

الفرع الثانى فى الكتاب: لا يتجر باللقطة فى السنة ولا بعدها؛ كالوديعة، وما أنفقت على الدابة، أو العبد، أو الأمة، أو الإبل، قد كان لربها أسلمها، أو بقر، أو غنم، أو متاع، أكرى عليه من موضع إلى موضع، بأمر سلطان أم لا - لا يأخذه ربه

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (١٠/ ١٤٠) (١٨٦٣٤).

(٢) فى ط: وموضع لا ثمنًا.

حتى يدفع إليه النفقة، إلا أن يسلمه فلا شيء عليه.

قاعدة: كل من ادعى عن غيره مالًا، أو قام عنه بعمل شأنه أن يؤديه أو يعمله، رجع عليه بذلك المال، وأجرة ذلك العمل، سواء كان واجبًا على المدفوع عنه كالدين، أو غير واجب كغسل الثوب، خلافًا للأئمة، فإنهم جعلوه متبرعًا.

لنا: أن لسان الحال قائم مقام لسان المقال، وهو موجود ههنا، فثبت الإذن، وقد تقدم بسط هذه القاعدة فى غير هذا الموضع، فعليها يخرج الرجوع بالنفقة.

الفرع الثالث فى الكتاب: إذا أجرت الباقى، فالأجرة لربه، أو استعملته، لزمتك قيمة عمله؛ لأن ضمانه ونفقته عليه، وإنما تضمنه أنت، إذا استعمله فى عمل يضيعها فى مثله، فتهلك لتعديك، فإن أسلم فلربه الأجرة فيما له بال؛ لأن منفعة عبده، وما ليس له بال من المنافع، كالتمرات توجد فى الطريق من الأعيان، لا ضمان فيها؛ لتحقيق أعراض الأملاك عنها، وكذلك العبد غير الآبق.

ومن استأجر آبقًا فعطب فى عمله، ولم يعلم أنه آبق، ضمنه، وكذلك لو استأجر عبدًا ليبلغ له كتابًا إلى بلد، ولم يعلم أنه عبد، فعطب فى الطريق، كمن اشترى سلعة، فأتلفها.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا يضمن، إنه مملوك؛ لأن الناس يعذرون بذلك.

الحكم الرابع: التمليك.

وفى الجواهر: هو جائز بعد انقضاء مدة التعريف؛ لقوله ﷺ «فَشَأْنُكَ بِهَا»(١)، والأحسن له بعد ذلك: أن ينفقها أو يتصدق بها، فإن اختار تملكها ثبت ملكه عليها.

وقال (ش) فى أظهر قوليه، وابن حنبل: يدخل فى ملكه، بغير اختياره بعد الحول؛ كالميراث.

ولقوله ﷺ: «اسْتَنْفِقْهَا»(٢).

وفى رواية: «إِنْ لَمْ يَأْتِ رَبُّهَا فَهِىَ كَسَائِرِ مَالِهِ».

وفى رواية: «فَهِىَ لَكَ» وقياسًا على الاحتطاب والاصطياد.

وقال (ح): لا يملكها مطلقًا؛ كالوديعة.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

والجواب عن الأول: الفرق بأن الموروث إنما نقل ملكه، بسبب تعذر حاجته إليه، والشرع إنما ملك الأملاك؛ لدفع لحاجات، فحيث لا حاجة لا ملك، وصاحب اللقطة يحتاج لبقاء حياته، فملكه باق عند عدم اختيار الواجد؛ لأنه لما كان مالكًا افتقر انتقال ملكه إلى رضا المتنقل إليه، ولا يشترط رضاؤه هو؛ لتعذر وجوده، ومن مصلحته الاقتصار على رضا الواجد لتضمنها في ذمته.

عن الثاني: أنه يتعين حمل الرواية على أنه ينفق، ويكون له إذا اختار ذلك لوجهين:

أحدهما: أنه أقرب للأصول، وأشبه بانتقال ملك الأحياء.

ثانيهما: أنه روى في رواية مشهورة: «فَشَأْنَكَ بِهَا»، ففوضها لاختياره فتحمل الروايات الأخر على ما بعد الاختيار؛ جمعا بينها.

عن الثالث: الفرق، بأن الحطب والصيد لم يتقدم عليه ملك فكان الأمر في انتقاله أيسر.

وعن قياس (ح): الفرق بأن الوديعة صاحبها معلوم فاشترط رضاه؛ كالبيع، وهذا مجهول أشبه المفقود، فضعف ملكه، واتفق الجميع على وجوب ردها إذا جاء ربها فوجدها، أو بدلها إن فقدها.

وفي المقدمات: لا يخير مالك اللقطة، ومعنى قوله ﷺ: «فَشَأْنَكَ بِهَا»، أنه مخير بين إمساكها لصاحبها ويزيد في تعريفها، وبين التصدق بها ويضمنها، إلا أن يجيز صاحبها الصدقة فيكون له الأجر.

وقال (ح): لا ينفقها إلا المحتاج إليها.

وجوز (ش) الاستنفاق مطلقًا.

وقيل: لا ينفق إلا أن يكون له وفاء بها.

قال: وهو الصحيح؛ لقوله - تعالى - : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»، فيحصل في المسألة أربعة أقوال، فجعل صاحب المقدمات مذهب مالك: المنع مطلقًا، هو خلاف نص المدونة، والشراح كما ترى، وحكى - أيضًا -: أن لقطة مكة لا تستنفق إجماعًا،

بل تعرف أبدًا، وستقف على الخلاف.

وقال ابن القصار: يكره له أكلها، غنيًا كان أو فقيرًا.

وقال ابن وهب فى العتبية: له أكلها إن كانت قليلة وهو فقير(١). فيصير فى المسألة ستة أقوال.

فرع مرتب: وإذا قلنا بالتملك فهل سائر اللقطة سواء بمكة وغيرها؟

ففى الجواهر: المذهب: التسوية. وقاله ابن حنبل و (ح).

وقال (ش): لا تلتقط إلا للحفظ والتعريف أبدا. ووافقه القاضى أبو الوليد، والداودى، والقاضى أبو بكر منا.

لنا: العمومات من غير تفصيل فوجبت التسوية.

ولأنها تدخل على وجه الأمانة ابتداء، فلا تختلف بالبقاع؛ كالوديعة.

وبالقياس على لقطة الحل.

احتجوا بقوله - ﷺ - فى حديث حجة الوداع: «وَلَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ»، فجعل حلها فى المنشد، فخرج المتملك.

والجواب: أنا إنما أحللنها لمنشد بعد السنة. ولم يحلها لغير منشد.

وسبب التخصيص: كثرة سقوط الأمتعة من الحاج [...](٢) الأقطار غالبًا، فيغلب على ظن الواجد أنه لا معنى للتعريف بمكة [...](٣) منها، وتطويف الأقطار الأرض متعذر، فيتملكها قبل السنة من غير [...](٤) النهى عن ذلك.

تفريع: فى الكتاب: إن مات بعد التعريف صاحب اللقطة، أمر الملتقط بأكلها، كثرت أو قلت درهمًا فصاعدًا، وله التصدق بعد السنة؛ لأن الواجب الحفظ بحسب الإمكان، إما العين أو ثوابها، ولظاهر قوله ﷺ: «فَشَأْنَكَ بِهَا».

ويخير ربها إذا جاء فى ثوابها، أو يغرمها له؛ لأن الأصل: تصرفه فى ملكه، وأكره التصدق قبل السنة إلا فى التافه.

وفى التنبيهات: قيل: تسويته بين الدرهم وغيره، ليس فى التعريف، بل فى أصل

---

(١) فى ط: قليل.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.

التعريف، ثم يختلف فى اليسير دون السنة؛ لقوله بعد: أكره التصدق قبل السنة، إلا التافه اليسير.

فرع مرتب: قال صاحب القبس: وإذا قلنا بالتملك مطلقًا فى سائر البقاع، فهل يسوى بين الملتقطين؟ المذهب: التسوية. وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح) - وهو أحد القولين عندنا -: لا يأكلها إلا الفقير.

لنا: عموم الأحاديث.

ولأن من يملك بالقرض يملك بالالتقاط؛ كالفقير.

ولأن من جاز له الالتقاط جاز له التملك به كالفقير.

ولأنه ﷺ أمر أُبيًا بأكل اللقطة، وهو ممن تحرم عليه الصدقة.

وفى المقدمات: «أن عليًا - رضى الله عنه - وجد دينارًا فجاء به إلى النبى ﷺ فقال له: يا رسول الله وجدت هذا، فقال: «عَرِّفْهُ»، فذهب ما شاء الله، ثم قال: عرفته، فلم أجد أحدًا يعرفه، فقال: فَشَأْنُكَ بِهِ، فذهب فرهنه فى ثلاثة دراهم، وطعام، وودك، فبينما هو كذلك، إذ جاء صاحبه ينشده، فجاء على إلى النبى ﷺ فقال: هذا صاحب الدينار، فقال: «أَدِّهِ إِلَيهِ»، فأدى علىٌ ما أكل منه»[1] فلو كانت اللقطة إنما تحل على وجه الصدقة لما حلت لعلى - رضى الله عنه - لتحريم الصدقة على أهل البيت، على وجه السلف، وهو جائز للاغتناء.

ولأن الغنى، والفقير قد استويا قبل الحول فى عدم التملك، فيستويان بعده، قياسًا لإحدى الحالتين على الأخرى.

احتجوا بما روى عنه ﷺ فى النسائى أنه قال: «مَنْ وَجَدَ لقَطَةً فَلْيُشْهِدَ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوَىْ عَدْلٍ. وَلَا يَكْتُم وَلَا يَغيب، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَهِى مَالُ الله يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ» وما يضاف إلى الله - تعالى - إنما يتملكه من يستحق الصدقة.

وجوابه: أنه عليكم؛ لأنها لو اختص ملكها بالفقير، لما قال: «يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ»، بل قال: هو للفقير. سلمنا: أنه ليس عليكم، لكنا لا نسلم أن إضافته إلى الله -

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (١٠/ ١٤٢) (١٨٦٣٧)، وأبو داود (١٧١٤) من حديث أبى سعيد الخدرى .

تعالى - تمنع تملك الغنى؛ لأن كل أموال الغنى مضافة إلى الله - تعالى - إضافة الخلق والملك.

ولقوله - تعالى -: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

قال صاحب القبس: قال علماؤنا المحررون: هذه المسألة تنبنى على أن اللقطة هل تؤخذ احتسابًا لله تعالى فتختص بالفقير، أو اكتسابا فتعم؟

قال: وهذا لا يصح، بل هى أول الأمر احتسابًا جزمًا.

وعند (ح) ما يئول للاحتساب.

وعندنا: تئول؛ لقوله ﷺ «فَشَأْنُكَ بِهَا»، ولم يفصل بين الغنى والفقير.

الحكم الخامس: وجوب الرد، والنظر فى ظهور المالك:

وفيه ستة فروع، وقيام اللقطة وفوتها.

النظر الأول: فى ظهور المالك، وفيه ستة فروع

الفرع الأول: فى الكتاب: إذا وصف عفاصها ووكاءها وعدتها، أخذها وأجبره[(١)] السلطان على ذلك [و] وافقنا ابن حنبل.

وقال: [يدفع غلب على ظنه صدقة ببينة أو لا][(٢)]؟

وقال (ش)، و (ح): إذا وصف، ولم يغلب على ظنه صدقه[(٣)]، حرم الدفع إليه، فإن غلب على ظنه صدقه، دفعها على أنه ضامن إذا[(٤)] جاء مستحق غيره، ولا يلزمه الدفع بذلك بل بالبينة.

لنا: قوله ﷺ «عَرِّف عِفَاصَهَا وَوِكَاءَها، فَإِذَا جَاءَ مَنْ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِهَا وَوِعَائِهَا فَرُدَّهَا عَلَيهِ»، ولأنه ﷺ أمر بمعرفة العفاص والوكاء، ولو أن دفعها يفتقر إلى بينة، لم يكن فى ذلك فائدة، بل فائدته الدفع به، ولأن إقامة البينة عليها متعذر، فأشبه القتل، ولما تعذر إقامة البينة عليه أقيم اللوث مقامها، وأن إقامة البينة عند السقوط متعذرة، فلا تشترط فيه البينة، بل يصدق بغيرها، كالإنفاق على اليتيم، بل هذا

---

(١) فى ط: وجوبًا.

(٢) فى ط: يدفع غلب على صدقه بمنه (كذا) أولا؟

(٣) فى ط: صدقته.

(٤) فى ط: لما أن.

أولى؛ لأن الإنفاق على اليتيم ممكن من حيث الجملة.

ولأن القول باشتراطها يؤدى إلى ذهاب أموال الناس، وبطلان حكمة الالتقاط.

ولأنه لو كانت البينة شرطًا لحرم الالتقاط؛ لأن بقاءها فى موضعها يقرب أخذها لمالكها، والالتقاط يمنعه من أخذ ماله عند عدم البينة، ومنع الإنسان من ماله حرام، ولا يقال: لو ادعى السرقة، لم يأخذ إلا ببينة، وإن كانت البينة متعذرة عند السرقة؛ لأنا نقول: السارق يدعى لنفسه بخلاف الملتقط.

وقد قال مالك فى قطاع الطريق: إنه يؤخذ المتاع من أيديهم بالعلامات، من عدد، وغيره، بغير بينة كاللقطة؛ لأنهم يدعونه لأنفسهم كاللقطة سواء.

احتجوا بقوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِيْن عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1]، والطالب مدع فعليه البينة.

ولأنها دعوى فلا يستقل بإثباتها الوصف؛ كسائر الدعاوى.

ولأن اليد تنازعه فلا يندفع إلا بحجة، وهى البينة، ويحمل الحديث على الجودة لا على الإجبار؛ جمعًا بينه وبين هذه القواعد.

والجواب عن الأول: أنه عليكم؛ لأنه جعل اليمين على من أنكر، والبينة تقام عليه، وههنا لا منكر؛ فلا يمين، ولا بينة.

سلمنا أنه ليس عليكم، لكنه عام، وما ذكرتموه خاص، فيكون مقدمًا عليه، على ما تقرر فى علم الأصول.

عن الثانى: أن إقامة البينة فى غيرها متيسر بخلافها، فإن الإنسان لا يعلم أن متاعه يقع منه، فيشهد عليه، بخلاف البيع، وغيره مشعور به فطلبت فيه البينة، بل إلحاق هذه الصورة بنفقة اليتيم أشبه.

عن الثالث: أن المنازعة المحوجة للبينة عن اليد التى يدعى صاحبها الملك بنفسه ليقع التعارض بين الرجلين، وهذا لا يعارض أحدًا، بل صاحبها يقول: أنا لا شىء لى، فتبقى معرفة الوصف سالمة عن المعارض، فلا يحتاج إلى بينة، وحمل الحديث على الجواز خلاف الظاهر من غير ضرورة؛ لأن الأمر للوجوب.

تفريع: إن جاء أحد فوصف مثل الأول، أو أقام بينة، كانت له، ولا شىء له

(١) تقدم.

عليك، ولأنك دفعت بأمر جائز.

فى التنبيهات: لم يذكر حلف[١] الواصف، وعليه حمل الشيوخ مذهب ابن القاسم.

وقال أشهب: عليه اليمين، فإن نكل فلا شيء.

نظائر: قال العبدى: هذا الباب يسمى بالدليل، وأصله: قميص يوسف - عليه السلام - وهل هو كالشاهد فيحتاج معه لليمين، أو كالشاهدين فلا يحتاج؟

ومسائله أربعة:

واصف اللقطة، وتعلق المرأة برجل وهى تدمى، وتنازع الزوجين فى متاع البيت، فما عرف أنه لأحدهما فهو له، والحائط بين الدور، ويقضى به لمن يليه وجه البناء.

فقيل: يحتاج فى هذه الصور كلها لليمين، وقيل: لا يحتاج، وقد قضى بعد قميص يوسف ﷺ من غير يمين، أو ينظر إلى ضعف السبب؛ لكونه من جهة الطالب، وهو موضع تهمة، والمتهم يحلف.

وفى النكت إن عرف العفاص والوكاء دون عدد الدنانير، أو العفاص والدنانير دون الوكاء، أو الوكاء دون غيره، أخذه عند أشهب، إذا حلف.

قال أشهب: وإن وصف العفاص، والوكاء، وأخطأ فى الدنانير، لم يعط شيئًا.

قال عبد الحق: ولا يعلم فيه خلاف؛ كمن قال: له دنانير، وهى دراهم، وإن أصاب تسعة أعشار الصفة، وأخطأ العشر، لم يعط إلا فى معنى واحد: أن يصف عددًا فيوجد أقل، فإن أشهب يعطيه، وقال: أخاف أن يكون اعتد فيها.

قال التونسى: الأشبه: أن الصفة دليل كاليد، فلا بد من اليمين.

قال: فإن قيل: اليمين مع المنازعة، ولا منازع ههنا.

قيل: اليمين بالاستبراء فيها فى الصدقة على الفقير، فإن الأصل المنع، واليمين يمكن أن يأتى بعد فيصف أيضًا كما يستبرأ [...][٢] والغائب فى قضاء ما يثبت عليه، وإن اقتصر على العفاص، أو الوكاء، أجازه؛ لأنه قال: ينسى الآخر، وفيه

---

(١) فى ط: خلف.

(٢) بياض فى ط.

خلاف، بخلاف إذا أخطأ فى أحدهما فوصفه بخلاف ما هو عليه، فأصوب الأقوال: لا شىء له؛ لأنه ادعى المعرفة فأكده بنفسه، والجاهل، أو الناسى، لم يكذب نفسه، وإن وجد العدد أقل، لم يضره؛ لأنه قد يكون أخذ منها أو اكترى، وغير السكة لم يعط شيئًا، وإن وصف سكة فوجدت غير مضروبة:

قال سحنون: لا يعطى حتى يذكر غير ذلك من علامة أو غيرها، ولعل سحنون أراد أن سكة البدر[1] كلها شىء واحد، فكاسلم[2] يأتى بصفة.

ورأى يحيى بن عمر أن يأخذها بصفة سكته.

قال أصبغ: فلو وصف واجد العفاص، والوكاء، وآخر عد الدنانير، فهى لواصف العفاص، والوكاء؛ لترجحه بالزيادة، وكذلك لو لم يعرف إلا العدد لكان أحق به بعد الاستيناء؛ لأن العدد يحصل تحصيله من السماع، والعفاص له خصوصيات، والعدد لا يختلف فيضعف.

واستحسن ابن حبيب أن يقسم بينهما؛ كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء، وإذا أخذها الأول ثم وصفها آخر، لم تعط له بل للأول؛ لأنه قد يكون سمع الصفة من الأول، ولو تحققنا أنه لم يسمع مثل أن يأتى بحضرة دفعنا إياها، لأمكن أن يقسم بينهما بعد أيمانهما على مذهب ابن القاسم؛ لأن اليد إذا علم الوجه الذى أخذت به، ثم جاء الثانى بالمعنى الذى أخذ به الأول، سقط حكم اليد.

قال ابن القاسم: إذا أخذت مال ميت بالوراثة، ثم جاء آخر، وادعى مثل ذلك، وتكافأت بينتكما، يقسم المال بينكما بعد أيمانكما. وخالفه غيره، وكذلك لو أخذت اللقطة بالبينة، لا بالصفة، ثم تكافأت البينتان، فعلى مذهب ابن القاسم: يوقف بينكما.

وقال أشهب فى هذا: يكون للأول[3] ولو أخذت بالصفة فأقام غيرك البينة ثم أقمت البينة لقدمت، لرجحانك بالصفة، ويبقى فى يدك.

قال عبد الملك: إذا وصفها أو أقمت البينة، فقال الملتقط: دفعتها لمن وصفها، ولا أعرفه، ولم أشهد عليها، ضمنها؛ لتفريطه بالدفع بغير إشهاد، وإذا ثبت الدفع

---

(١) كذا فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: الأول.

فالخصومة بينك، وبين القابض، ولا شيء على الملتقط؛ لأنه فعل ما عليه، ولو دفعها بالصفة ولم يحلف، ضمن إن فلس بالقابض، أو عدم، وإذا وجدت فى قرية ليس فيها إلا ذمة:

قال ابن القاسم: تدفع لأحبارهم.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا أخطأ فى صفتها، لم يعطها، وإن وصفها مرة أخرى فأصابها:

قال أشهب: وكذلك إن نكل عن اليمين ثم عاد للحلف.

قال ابن يونس: والقول باليمين أبين، استظهارًا، وقد ينكل فيكون للفقد أو لمن يأتى فيصف، ولو عرف العفاص وحده وجهل ما سواه استبرأ، فإن جاء أحد، وإلا أعطيها كما فى شرط الخليطين، لا يضر عدم بعض الأوصاف.

وقيل: لا بد من معرفة العفاص، والوكاء، ولو أخذتها ببينة بأمر السلطان أو بغير أمره، ثم أقام آخر بينة، فهى للأول، كما ملكا بالتاريخ، وإلا فلصاحب أعدل البينتين.

فإن تكافأت، فلمن هى بيده، وهو أنت مع يمينك: أنها لك، لا تعلم لصاحبك فيها حقًا، فإن نكلت، حلف وأخذها، فإن نكل، فهى لك بغير يمين.

قال ابن يونس: ويحتمل عند التكافؤ أن يقسم بينكما على أصل ابن القاسم، وإن أخذتها، كالوارث يحوز قبل الوارث.

قال اللخمى: إن ادعيتماها واتفقت صفتكما، اقتسمتماها بعد أيمانكما، وإن نكل أحدكما، فهى للحالف.

قال أشهب: فإن نكلا، لم تدفع لكما.

قال اللخمى: وأرى أن يقتسماها؛ لأن يمين أحدكما للآخر من باب دعوى التحقيق، فإن نكل فهى لمن حلف، وإن نكلتما اقتسمتماها؛ لأن يمين أحدكما للآخر يساوى دعواكما، ولم يمنعاها لإمكان أن يدعيها ثالث، وإن زاد أحدكما صفة قضى له بها، مثل: أن يصف العفاص، والوكاء، ويزيد الآخر العدد، أو السكة، واختلف: إذا اختلفت صفاتكما، كما يصف أحدكما الباطن: العدد، والسكة، والآخر الظاهر: العفاص، والوكاء:

قيل: العفاص، والوكاء أولى؛ لأنه ظاهر الحديث.

وقيل: يقتسمان.

قال: وهو أبين؛ لأن معرفة الباطن أقوى فيعارض ظاهر الحديث.

وقال عبد الملك: وإذا لم يشهد عند الدفع، ثم جئت فوصفت، أو أقمت البينة، إنه يضمن؛ لأنه فرط، يريد إذا لم يعلم دفعها إلا من قوله، ولو علم أنها أخذت بصفة، لم يكن عليه شيء، وإن لم يشهد وجهل الآخذ.

قال صاحب القبس: قيل: العفاص والوكاء فى الحديث على معنى التنبيه؛ إذ لا بد له أن يذكر الأمارات من العفاص، والوكاء.

وزاد ابن القاسم، وأشهب: العدد؛ لأنه الغاية فى البيان، وزاد ابن شعبان: السكة إذا اختلفت السكك.

قال: وأرى أن تكفى صفة واحدة؛ لما فى أبى داود: أن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - وجد دينارًا . . الحديث - إلى أن قال فيه: فبينما هم يأكلون إذا رجل يقول: أشهد الله والإسلام، الدينار فأعطاه النبى ﷺ بعلامة واحدة؛ لأنه قد يأخذه ليلًا فيربطه فى الظلام، فلا يعرف إلا العدد. ويقول: أنفقت من العدد ولا أدرى ما بقى، ويقول: عندى سكك لا أدرى أن هذه منها، وأما الوكاء فكنت [أربط] وأحل، ولم يكن لها وكاء واحد، فدليل واحد يكفيه.

ولو رأيته فى الطريق يأخذها لم يكن لك الاعتراض عليه، وهى حينئذ وديعة لجميع المسلمين، فكيف وهى الآن وديعتك فقط.

قال صاحب المقدمات: إذا وصف العفاص، أو الوكاء، وجهل الآخر، أو غلط فيه، فثلاثة أقوال:

لا شىء له، يستبرأ أمره فإن لم يأت أحد بأثبت مما أتى[1] به، دفعت إليه والتفرقة بين الجهل فيعطى بعد الاستبراء، وبين الغلط فلا يعطى.

قال: وهو أعدل الأقوال.

الفرع الثانى: فى الكتاب: إذا عرفت آبقًا عند السلطان، وأتيت بشاهد، حلفت وأخذته، وإن لم تجد بينة، وصدقك العبد، دفع إليك لعدم المنازعة، والاعتراف دليل ظاهر، وكذلك المتاع مع لص يدعيه قوم بغير بينة، يتلوم الإمام فيه، وإن لم

---

(١) فى ط: أنتى.

يأت غيرهم دفعه إليهم.

في النكت: يختلف أخذه بشاهد، ويمين، وبتصديق العبد في ثلاثة وجوه: إذا أخذه بالشاهد واليمين أخذه بجهة الملك، فإذا أقام غير شاهد، نظر أي الشاهدين أعدل، وبدعواه مع التصديق، يقدم عليه صاحب الشاهد، ولا يدفعه إذا هلك بأمر الله - تعالى - بالتصديق، يضمنه، ولا يستأنى به، بل يأخذه في الوقت، وبالتصديق فيستأنى[1] فيه الأيام بالاجتهاد.

قال التونسي: لو أعتق الآبق عن طهارة، يوقف عن امرأته خوفًا أن يكون هالكًا، أو معيبًا وقت العتق، فيؤخذ سالمًا أجزأه، ولا يقدح إمكان العيب، وزواله قبل وجوده بعد العتق؛ لأن الأصل: عدم التغيير.

وإذا قال الآبق: أنا لفلان لرجل آخر، سئل إن كان حاضرًا، أو كتب إليه إن كان غائبًا، فإن ادعاه أخذه، ولا دفع لمدعيه بعد الاستيناء، وضمن، وحلف، ولو باعه السلطان فجاء ربه، فقال: كنت أعتقه - لم يصدق، وكذلك أم ولد، إذا لم يكن لها ولد، وأحلف إذا لم يتهم في ذلك، قاله في الكتاب؛ لأنه لو باعه هو لم يقبل إقراره على المشتري.

قال في الكتاب: إذا باعها، وولدها فاستلحق الولد، إن كان ممن لا يتهم على مثلها، ردت عليه، ولو قال: كنت أعتقتها، لم يصدق، وإن قال: بعد البيع ولدت مني: صدق، وإن لم يكن معها ولد، إن لم يتهم.

وفي التنبيهات: إذا لم يكن معها ولد، اختلفت الرواية فيه.

في الكتاب: فروي: يرد إن كان لا يتهم، وروي: لا يرد، وفرق الشيوخ بين اعترافه بعد بيعه هو لها، فلا يقبل إذا لم يكن معها ولد؛ لأنه مكذب لدعواه، إلا أن يتبعه المتقدم، وبين بيع السلطان يقبل قوله، إن لم يتهم.

وفي النكت: إذا باع الإمام، لا يصدق في أنه أعتق العبد، ويصدق في الأمة، إن لم يتهم، والفرق: أن شأن العتق: التوثق، والإشهاد في العادة، فعدم ذلك تكذيب.

قال اللخمي: قال أشهب: لا يقبل قوله ولدت مني، وإن لم يتهم، ولا يقبل في

---

(١) في ط: فيأتي.

العتق.

قال: وأن آلى يرد البيع بخلاف العتق؛ لأن شأن العتق الإشهار، بخلاف الإيلاء، وأن الحر لا يأبق، فلو أعتقه لم يأبق، وتأبق أم الولد، إلا أن يكون العبد لم يؤاخذ بالعتق، فيصح أن يأبق، إلا أن الشأن إشهار العتق.

قاعدة: الإقرار: بسيط، ومركب.

فالبسيط: هو الذى على المقر وحده، نحو: علىَّ دين لزيد، أو على الغير وحده، نحو: على زيد دين فى غير معرض من الشهادة، فيقبل الأول اتفاقًا، ويرد الثانى اتفاقًا، إلا أن تكون شهادة شرطهما.

والمركب: أن ينظر بنفسه، ولغيره، نحو: عبدى وعبد زيد عتقا أمس، وطلقت امرأتى وامرأة زيد أمس، وعندى وعند زيد دينار لعمرو، فيقبل عليه، ويسقط ما يتعلق بالغير؛ لإمكان الانفصال.

وتارة يتعذر الانفصال نحو: عبدى الذى بعته حر، فهو اعتراف على الغير فى إبطال ملكه، وبيعه على المقر فى وجوب رد الثمن، وأنه يرثه، وغير ذلك، والانفصال متعذر، لا يمكن إبطاله عن الغير مع تنفيذه فى حقه، فعند عدم التهمة يغلب إقراره على نفسه، وكان الإقرار على الغير، وتعذر الانفصال، فهذه قاعدة هذا الباب.

ثم نلاحظ فروق بعض الفروع وبعض، فتختلف لأجل تلك الفروع عند مالك الأحكام فى تلك الفروع.

وقال (ش)، وابن حنبل: قوله بعد البيع: أعتقته، إلا أن يبيعه هو، فلا يقبل، إلا بينة.

قال ابن يونس: قال ابن عبد الحكم: إن أرسله بعد أخذه، لعذر [كأن][1] خاف أن يقتله، أو يضربه، فلا شىء عليه، أو لعدم النفقة، فهو ضامن.

قال أشهب: إن أرسله فى حاجة[2] يؤبق فى مثلها، ضمن، بخلاف القريبة.

قال ابن نافع: إن قلت: أبق منى، كشف أمرك إن اتهمت.

قال عبد الملك: لا تكلف بينة على ذلك، ويحلف أنه انفلت من غير تفريط؛ لأن أصل: الأخذ على الأمانة.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: حاجته.

قال أشهب: إذا صدقك الآبق بأخذه بعد حلفك، فإن جاء طالب آخر، لم يأخذه إلا ببينة، وإن صدقه العبد مثل ما صدقك، لوجود المنازعة فتتعين البينة.

وقال سحنون: لا يكلف بينة، ويدفع إليه إذ لا حكم لك فيه، إلا أن يأتى بحدثان دفعه لك، فيتلوم له قليلًا خوفًا من طالب ثالث، ثم رجع فقال: لا يدفع له إلا ببينة طال مكثه أم لا.

وفى الكتاب: يجوز عتقك لعبدك الآبق، وتدبيره وهبتك لغير ثواب، بخلافها؛ لأنها بيع ينافيه الغرر، وإذا زنى، أو سرق، أو قذف، أقيم عليه الحد فى ذلك كله.

قال اللخمى: هل يؤخذ الآبق بالصفة من غير بينة؟

قال ابن القاسم: نعم، ويتلوم فى ذلك، إن لم يأت من يطلبه أخذه، وضمنه، ومنع أشهب إلا أن يقر له العبد بالملك؛ لأنه لو اعترف لغائب كتب إليه، فإن ادعاه أخذه، فإن أنكر العبد مدعيه، ولم يقر لغيره، وهو مقر بالعبودية، وقال: أنا حر، وهو معروف بالرق، هل يأخذه مدعيه؟ خلاف.

قال: وأرى: أن يأخذه بالصفة التى تختفى؛ لقوة دلالتها.

وكذلك يختلف فى الدواب: هل تدفع بالصفة من غير بينة؛ لأنها مما يتصرف بها، ويتعرف صفتها بخلاف الثياب؟

وقال ابن القاسم: يرجع المسروق بالصفة.

الفرع الثالث: فى الكتاب: إذا أتيت بكتاب من قاض إلى قاض فيه: شهد عندى قوم: أن فلانا، صاحب كتابى هذا إليك، قد هرب منه عبد صفته كذا، فحلاه، ووصفه فى الكتاب، وعند هذا القاضى عبد محبوس على هذه الصفة - فليقبل الكتاب، والبينة التى فيه على الصفة، ويدفع إليك العبد.

قيل: وترى للقاضى الأول، أن يقبل منه البينة على الصفة، ويكتب بها إلى قاض آخر؟ قال: نعم، كقول مالك فى المتاع الذى سرق بمكة إذا عرفه رجل ووصفه، ولا بينة له: يستأنى الإمام فيه، فإن جاء من يطلبه، وإلا دفع إليه بالعبد الذى أقام البينة على صفة أخرى، فإن ادعى العبد، أو وصفه ولا بينة، فهو كالمتاع، تلوم به، فإن جاء أحد يطلبه، وإلا دفعه إليه، وضمنه إياه.

قال اللخمى: اختلف فى استحقاقه بشهادة البينة على الصفة، أنه استحق من يده عبد على صفة كذا، أجازه ابن القاسم فى الوجهين، وخالفه ابن كنانة، ومنع أخذ

العبد بكتاب القاضى على الصفة، إلا إذا اعترف له العبد.

ومنع - أيضًا - أشهب: فى العبد إلا إن شهدت البينة أنه العبد الذى فى الحكم، وأجاز فى المستحق بالبينة على الصفة.

والفرق: أن الشهادة على الصفة، إنما تجوز لضرورة، والشاهد على حكم القاضى، قادر على شهادة على عين العبد، فإذا كان العبد غائبًا، قبلت الشهادة للضرورة.

قال اللخمى: وأرى إذا غفل القاضى، أن يشهدهم على عين العبد، حتى خرجوا، وبعدوا: أن يقبل الشهادة على الصفة، وتصير ضرورة.

واختلف: هل يطبع فى عتق العبد، والطبع أحسن، ووافق ابن القاسم فى الاعتماد فى كتاب القاضى، والتسليم بمجرد الصفة، وهو أحد قولى (ش).

وقال (ح): لا يجب التسليم؛ لأنهم لا يشهدون على عين العبد، بل على الصفات، وقد تتفق الصفات على اختلاف الموصوفات.

لنا: أن كتاب القاضى للآخر على الأشخاص فى الحكومات بصفاتهم، وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه، وصفته، ونسبه، فكذلك ههنا.

الفرع الرابع: فى الكتاب: إذا استحقت الدابة من يدك، فادعيت شراءها من بعض البلدان، وخفت ضياع حقه، فلك وضع قيمتها بيد عدل، ويمكنك القاضى من الدابة، فيخرج بها لبلد البائع لتشهد البينة على عينها، فإن قصد المستحق السفر، وكل فى ذلك، وخرجت بالدابة، وطبعت فى عنقها، ويكتب لك كتاب إلى القاضى، بذلك البلد: إنى قد حكمت بهذه الدابة لفلان، فاستخرج ماله من بائعه، إلا أن يكون للبائع حجة، فإن تلفت الدابة، أو نقصت، أو تعيبت، فهى منك؛ لأنك قبضتها من حينئذ لمصلحتك، وكذلك الرقيق إلا فى الجارية فلا تدفع لك إلا أن تكون أمينًا، وإلا [. . .][1] فتستأجر أمينًا، خوفًا من الوطء.

وفى النكت: إذا ضاعت القيمة، فهى من مستحق الدابة، لما ملكت، وحيث تلك القيمة له فهى منه.

قال ابن القاسم: ونظائره: الثمن فى المواضعة إن هلك، فضمانه ممن هو له.

وقيل: ضمان القيمة من الخارج بالدابة.

والفرق: أن ثمن المواضعة قد تراضيا كونه ثمنًا للجارية، وإنما القيمة ههنا

(١) بياض فى ط.

كالرهن، هلاكه من ربه، وهذا الفرق باطل؛ لأن ما أوجبه الشرع على المكلف لا يقصر عما أوجبه المكلف على نفسه.

والفرق بين القيمة والرهن: أن القيمة أوقفت ليأخذ عينها، بخلاف الرهن، والشبه بثمن المواضعة أقوى.

الفرع الخامس: فى الكتاب: إذا زكى الشاهد غير معروف، وعدل المزكى معروفون، والشاهد غريب، جاز ذلك؛ لأنه حكم ببينة معدلين، أو من أهل البلد، امتنع؛ لأنه لا يقبل عدالة على عدالة، حتى تكون العدالة على الشهود أنفسهم عند القاضى.

فى النكت: قال بعض الشيوخ: تقبل عدالة على عدالة إذا كان الشهود نساء، فهن كالغرباء؛ لقلة معرفة الرجال بهن(١).

الفرع السادس: فى الكتاب: إذا عرف الآبق ربه، ولم تعرفه، دفعته للإمام إن لم تخف قيمته.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن أقر له العبد بالملك، دفعته إليه(٢)؛ لأن الاعتراف حجة، ويأمر الإمام أحسن، فإن جحد أنه عبده، ودفعته، ضمنته، وكذلك الحاكم لا يدفعه إلا ببينة، أو بإقرار العبد؛ لأنه لو اعترف لغيره لكان له، ولم ينفع هذا ما عرفه به من جنسه، وصفته.

النظر الثانى: فى قيام اللقطة وفواتها

وفى الكتاب: إذا بيعت بعد السنة لم يفسخ صاحبها البيع، وإن بيعت بغير أمر الإمام، لتقدم إذن الشرع فى ذلك بقوله ﷺ: «فشأنك بها»، وله الثمن ممن قبضه؛ لأنه بدل [. . .](٣) قال التونسى: قال أشهب: له فى الدابة نقض البيع، إذا بيعت بغير أمر السلطان، فإن فاتت، فالثمن إن بيعت خوف الضياع، فأما إن باع الثياب، فله تضمينه القيمة، وله إجازة البيع؛ لعدم الضرر فى بقائها، إلا أن يكون البيع بأمر الإمام، فليس له إلا الثمن، فلم يجعل أشهب البيع له إلا بإذن الإمام، ثم فرق فى

---

(١) فى ط: بهم.
(٢) فى ط: إليك.
(٣) بياض فى ط.

الثياب وغيرها، ولم يذكر تضمين المشترى، فإن كان تعديا، جاز أن يضمن المشترى قيمتها يوم لبسها، وجعل ابن القاسم شبهه يمنع نقض البيع، ووجوده غير شبيه يمنع التضمين، فإن أكلها المساكين ضمن قيمتها، ولم يضمن المساكين شيئًا.

وقال أشهب: إن تصدق بها عن ربها أخذها من المساكين، كقول ابن القاسم، فإن نقصت، فله أخذها ناقصة، أو قيمتها من المتصدق بها، ثم يرجع المتصدق فيأخذها من المساكين، فلك تضمينهم مثلها، أو قيمتها عن ملتقطها يوم التصدق؛ لأن تعريفه بعد السنة مشروط بضمان البدل، فجعل أشهب صدقته بها عن نفسه كغاصب وهب، ومن مذهبه رجوع المستحق على أيهما شاء، فمن رجع عليه، فلا رجوع له على الآخر، فإن تصدق بها فالإشكال: هل يغرم المساكين أم لا؟

قال ابن القاسم: ولو وجدها بيد من ابتاعها من المساكين، أخذها، ويرجع المبتاع الذى تصدق بها عليهم، وكذلك لو ماتت.

وقال غيره: يرجع بالأقل من الثمن الذى دفع للمساكين، أو قيمتها يوم تصدق الملتقط إن كان الثمن أكثر، ثم ترجع بالقيمة على المساكين، فجعل ابن القاسم لك أخذها من المشترى، ولو باعها الملتقط نقض بيعه، ولم يجعل المساكين كالوكلاء على البيع، فيمضى بيعهم، ويغرم الملتقط القيمة.

قال: وفيه نظر، وإذا وجب أخذها من يد المشترى، كان الرجوع بالقيمة يوم الصدقة على الملتقط أولى من الرجوع على المساكين، وهم أخذوه على باب الملك، وملّكهم عليه من له شبهة، وهم لو أكلوا اللقطة ما ضمنوا.

وفى الجواهر: متى وجدها قائمة أخذها من يد الملتقط، نوى تمليكها أم لا، وكذلك بيد المساكين تصدق عن نفسه، أو عنك، وكذلك بيد المبتاع من المساكين، وفى يد المبتاع من الملتقط، بخلاف ابن القاسم وأشهب المتقدم.

وإن وجدها بيد المساكين ناقصة، وقد تصدق بها عنك، خيرت فى أخذها، ولا شىء لك عليه، أو قيمتها منه، ويأخذها الملتقط من المساكين، ولا شىء له عليهم فى نقصها؛ لأنه سلطهم، ومتى عينها والملتقط أكلها، أو أتلفها، فالقيمة يوم الأكل أو التصدق؛ لأن يد السابقة له أمانة، إن أكلها المساكين تصدق بها عنك أو عنه، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إن تصدق بها عنه فأكلها المساكين، فلك تضمينهم المثل والقيمة.

كتاب اللقيط

وهو من اللقط، فقيل: بمعنى مفعول، مثل: جريح، ومجروح، وقتيل بمعنى: مقتول، لا بمعنى: رحيم بمعنى: راحم، وعليم بمعنى: عالم، وشأن فعيل أبدا: أن يرد بين فاعل، ومفعول، وإنما يعين أحدهما خصوص المادة التى فيها السياق.

واللقيط، والملقوط، والمنبوذ: اسم للطفل الذى يوجد مطروحا، وهو من باب تسمية الشىء بما يئول فيه مجازا؛ كقوله - تعالى -: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ [آل عمران: ٣٩]، و ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف: ٣٦]، وهو كثير فى القرآن، ولسان العرب، وفيه بابان:

* * *

الباب الأول

في الالتقاط وحكمه

وأصله: قوله - عز وجل -: ﴿وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ فَأَدْلَى دَلْوَهُ قَالَ يَا بُشْرَى هَذَا غُلَامٌ وَأَسَرُّوهُ بِضَاعَةً وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِمَا يَعْمَلُونَ﴾ [يوسف: ١٩]، وقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]، ويروى أن عُنينا - بضم العين بلا نقط، وفتح النون، والياء، والنون - قال: أخذت منبوذا على عهد عمر - رضى الله عنه - فذكره عريفى لعمر - رضى الله عنه - فأرسل إلىّ فدعانى والعريف عنده فلما رآنى قال: عسى الغوير أبؤسا.

الغوير: تصغير غار، وأبؤسا - بضم الهمزة فى الواو - والأبؤس: جمع البأس.

قال عريفى: إنه لا يتهم، فقال عمر - رضى الله عنه -: ما حملك على ما صنعت؟ قلت: وجدت نفسا بمضيعة، فأحببت أن يأجرنى الله - عز وجل - فيه، فقال: هو حر، وولاؤه لك، وعلينا إرضاعه.

فائدة: أصل هذا المثل: غار فيه ناس فانهار عليهم.

وقيل: جاءهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلا لكل شيء يخاف أن يأتى منه شين.

وقيل: الغوير ماء لكلب، وهذا المثل تكلمت به الزبا(١) - بالزاى المعجمة، والباء بواحدة من تحتها، مقصور - فى قصتها مع قصير اللخمى حين أخذ فى غير الطريق فأتى على الغوير.

ومقصود عمر - رضى الله عنه - بهذا المثل أن يقول للرجل: لعلك صاحب هذا المنبوذ.

حتى أثنى عليه عريفه جيدًا، ونصب أبؤسا على أصل خبر عسى، فإن أصل خبرها: أن يكون مثل خبر كان، فلما جعلوه فعلا بمعنى الاسم، راجعوا الأصل فى قولهم: كذب أبيًا، وعسى الغوير أبؤسا.

وفى الجواهر: التقاط المنبوذ من فروض الكفاية، وقاله الأئمة قياسًا على إنقاذ الغريق، والطعام، والمضطر، وهو مندرج فى قاعدة حفظ النفوس المجمع عليها فى سائر الملل والكتب المنزلة، فمتى خفت عليه الهلاك: وجب عليك الأخذ، وإن

(١) فى ط: الزباء.

أخذته بنية تربيته، حرم عليك رده، وإن أخذته لترفعه للإمام فلم يقبله منك، جاز رده لموضع أخذه.

قال أبو الوليد: ومعنى ذلك - عندى -: أن يؤمن عليه الهلاك بمسارعة الناس لأخذه بعد رده، ومن أخذ لقيطًا، فليشهد عليه خوف الاسترقاق، وولاء اللقيط لجماعة المسلمين، لا يختص بها اللاقط إلا بتخصيص الإمام، وما فى أثر عمر - رضى الله عنه - الناس على خلاف عمومه، بل هو محمول على ولاية الإرضاع والتربية، دون الميراث، والنكاح.

أو يكون من باب التصرف بالإمامة[١]، فعلى هذا متى خصص الإمام ملتقطًا بذلك ثبت له، وليس للعبد، ولا للمكاتب التقاط بغير إذن سيده؛ لما فيه من الاشتغال عن مصالح السيد.

ولأن الحضانة تبرع، فإن فعلا لم يكن لهما ذلك، وينزع اللقيط من الذمى لئلا ينصره.

قال سحنون: فإن ربت نصرانية صبية، حتى بلغت على دينها، إن ثبتت لقطة ردت للإسلام، وهى حرة.

ووافقنا (ش) فى العبد والكافر، ونص على الفاسق: لا يقر اللقيط بيده خشية أن يسترقه، وألحق[٢] بالفاسق الغريب المجهول الأمانة، ولهم فى الفقير وجهان:

لا يلتقط؛ لئلا يضر باللقيط فقره.

ويلتقط؛ اعتمادا على لطف الله تعالى.

ووافق ابن حنبل فى الكافر والفاسق والعبد، وإذا ازدحم اثنان كلاهما أهل، قدم السابق، وإلا أقرع بينهما.

وقال (ش): ينظر فى ذلك الإمام فيقره فى يد أحدهما أو[٣]فى يد غيرهما، ولزم الملتقط الحضانة، ولا يلزمه النفقة إن وجد ما ينفق على الصبى لأثر[٤] عمر رضى الله عنه.

---

(١) فى ط: اللقيط.
(٢) فى ط: فالأمانة.
(٣) فى ط: الحق.
(٤) فى ط: و.
(٥) فى ط: لا بن.

فإن عجز عن الحضانة سلمه للقاضى، وإن تبرم مع القدرة، لم يكن له تركه إن أخذه ليحضنه كما تقدم، ونفقة اللقيط فى ماله، وهو ما وقف على اللقط، أو رتب لهم، أو أوصى لهم به، أو وجد تحت يد اللقيط عند التقاطه ملفوفا عليه، أو فى النسخة، موضوعًا عليه، أو تحته، أو فراش، أو ثوب، أو دابة، أو معه كيس، وأما ما هو مدفون فى الأرض تحته، فليس له إلا أن يؤخذ معه رقعة فإنه له، وما هو قريب منه موضوع، أو دابة مشدودة، فهو لقطة؛ لأنه حر، فما فى يده فهو له، وما خرج عن يده، فليس ملكه.

والفرق بين البالغ القريب منه فى يده، وملكه وبينه: أن البالغ يدعى متاعه بالقرب بخلاف الطفل، ووافقنا الأئمة على هذه الجملة فيما ينسب للطفل، فإن عدمت هذه الجهات، ولم يتبرع أحد بالنفقة، ففى بيت المال، وقاله الأئمة؛ لأنه أخذ أطفال المسلمين، فإن تعذر بيت المال:

فروى فى الموازية: على الملتقط نفقته حتى يبلغ ويستغنى، وليس له طرحه؛ لأنه بالالتقاط لزمه أمره كله، ثم حيث لم يكن له مال فأنفق أحد عليه، فلا رجوع له عليه؛ لأن إشغال ذمته بالدين لا سبيل إليه، إلا أن يثبت أنه ابن زيد فيتبع زيدًا؛ لأنه قام عنه بواجب إن كان طرحه متعمدًا، إلا أن يكون قد أنفق عليه حسبة، فلا رجوع له بحال.

وقال أشهب: لا رجوع على الأب بحال؛ لأن المنفق لم يكن عالما بالأب، فهو متبرع.

وقال سحنون: إن أنفق ليتبعه فطرأ له أب تعمد طرحه، اتبعه، أو حسبة، لم يرجع، ولو ضد صبى فأنفقت عليه، لم تتبع أباه لأنه؛ من باب الاحتساب، وحيث أشكل الأمر، فالقول قول المنفق مع يمينه فى أنه أنفق ليرجع؛ لأن الأصل: عدم التبرع وعصمة الأموال عن الضياع.

وعند (ش): متى أخذه اللقيط، وغلب ظنه أن ثم من يحفظه، جاز له رده.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَـٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، وهذا عمل.

ولظاهر قول عمر - رضى الله عنه -: علينا إرضاعه، وصيغة (على) للوجوب واللزوم.

الباب الثانى

فى أحكام اللقيط

وهى أربعة:

الحكم الأول: إسلامه.

وفى الجواهر: الإسلام يحصل استقلالا بمباشرة البالغ، وكذلك المميز على ظاهر المذهب ظاهرًا وباطنا، ويجبر عليه إن رجع عنه، حتى لو بلغ، وأقام على رجوعه، فهو مرتد؛ لأن الإيمان قد وجد منه حقيقة، فيقتل لردته، وقاله (ح).

وردة الصغير تصح عند أبى القاسم، ولا تؤكل ذبيحته، ولا يصلى عليه؛ لأنه من باب الخطاب بالأسباب؛ كالإتلاف، لا من باب التكليف، ومنع سحنون، و (ش) الصحة، وأباح ذبيحته، والصلاة عليه؛ لأنه لا يحرم عليه الكفر، فهو كغيره فى حقه، ولا يقتل بردته اتفاقًا، وهو صبى.

وقيل لا يصير مسلمًا إلا بعد البلوغ؛ لأن الإسلام الواجب لا يتصور منه؛ لعدم أهلية التكليف، والإيمان لا يقع نفلًا، فلا يعتبر إيمانه مطلقًا، وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلا تبعًا، وللتبعية ثلاث جهات:

الأولى: إسلام الأب، فيتبعه دون أمه؛ لأن الدين بالنصرة، والأب[1] مظنتها دون الأم.

وقال ابن وهب، و (ش): من أسلم منهما؛ تغليبا للإسلام.

لنا: أنه إسلام لغير من دخل فى عهدة، فلم يتبعه كالحال.

ولأن الأم مساوية له فى الدخول تحت عهدة الأب فلا يتبعها كأخيه.

ولأن الأب هو المتبرع فى عقد الذمة، فيكون هو المتبرع فى الإسلام كعقد الذمة، وحيث قلنا بالتبعية فبلغ، واعترف عن نفسه بالكفر، فهو مرتد.

الجهة الثانية: تبعية الدار، فكل لقيط وجد فى قرى الإسلام، ومواضعهم، فهو مسلم، أو فى قرى الكفر ومواضعهم، فهو كافر، ولا يعرض له، إلا أن يلتقطه مسلم، فيجعله على دينه.

وقال أشهب: حكمه - أيضًا - فى هذه: الإسلام، التقطه مسلم أو ذمى؛

(١) زاد فى ط: ذكر.

لاحتمال أن يكون لمن فيها من المسلمين، كما أجعله حرًّا، وإن جهلت حريته؛ لاحتمال الحرية؛ لأن الشرع رجح جانبها.

وعند (ش)، وابن حنبل: متى كان فى البلد مسلمون، أو مشركون أقوى[(١)] بالحرية، وفيه مسلم واحد، فاللقيط مسلم؛ لجريان حكم الإسلام على الدار، وإسلام من فيه، وإن كان جميعهم كافرا، وإن صالحهم الإمام: فهو كافر؛ لأن الظاهر: أنه ولدهم، وإن كان فى بلد الكفر الأصلى[(٢)]، كالترك وغيرهم وليس فيهم مسلم، فكافر، وإن كان فيهم مسلم، فوجهان:

أصحهما: أنه كافر؛ تغليبا لحكم الكفار.

الحكم الثانى: نسب اللقيط.

وفى الجواهر: إن استلحقه الملتقط وغيره، لا يلحق إلا ببينة، أو يكون لدعواه وجه، كمن عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أسره[(٣)]؛ لأنه سمع أنه إذا طرح عاش، ونحو ذلك مما يدل على صدقه.

وقيل: لا بد من البينة مطلقًا؛ لأن غيره يحتمل أن يدعيه.

وقال أشهب: يلحق بمجرد الدعوى، لعدم المنازع، وهو أمر باطل يخفى، إلا أن يظهر كذبه.

قال الشيخ أبو إسحاق: وهو المختار، وربما طرح الناس أولادهم من الإملاق وغيره.

وإذا استلحق الذمى لقيطًا ببينة، لحقه، وكان على دينه، إلا أن يسلم، وإن استلحقته امرأة، وولدها:

قال ابن القاسم: لا تقبل منها، وإن جاءت بما يشبه من العدد، وقاله الأئمة؛ لأن إقامتها البينة على ولادتها ممكن، بخلاف الزوج؛ لأن الوطء حالة تستر.

ولأنها إن ألحقته بزوجها، فليس للإنسان أن يلحق النسب بغيره، ولذلك إذا استلحق الزوج لا يلحق بالمرأة، وإن ادعته من وطء شبهة أو زنى، كان ذلك ضررًا عليه، وأما الزوج فيمكن أن يتزوج بامرأة أخرى، والمرأة لا تتزوج برجل آخر.

---

(١) كذا فى ط.
(٢) فى ط: الأصل.
(٣) فى ط: أسر ماه.

وقال أشهب: يقبل قولها؛ لأنها إحدى الأبوين. وإن قالت: من زنى، حتى يعلم كذبها؛ لما في البخارى عن سليمان - عليه السلام -: «أن الذئب عدا على صبى لامرأة فادعت أن ابن المرأة التى معها ابنها، فتداعياه لسليمان - عليه السلام - فأمر أن يقسم بينهما بالسكين، فقالت أمه: لا تفعل، سلمت لها»(١) فقضى به للمانعة من قسمته؛ لأن الشفقة عليه وجدت منها دون الأخرى، وكان داود - عليه السلام - قضى به قبله للأخرى، فلو لم يكن للمرأة الاستلحاق لما قضى بالصبى لمدعيته منهما، أو للأولى، وأخر الأخرى.

وقال محمد: تصدق فى الزنى، وتحد، وأما من لها زوج، فلا، إلا أن تدعيه فيلحق به.

قال صاحب الإشراف: المسلم والذمى سواء فى دعوى نسب اللقيط، وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح): يقدم المسلم على الذمى، والحر على العبد؛ قياسًا على ما لو تنازعا فى الحضانة؛ لما على اللقيط فى ذلك من الضرر(٢)، فكان إلحاقه بالمسلم والحر أولى.

وجوابه: الفرق: أن الحضانة ولاية يخشى على اللقيط فيها من تعيين الدين، وسوء الحال بخلاف النسب، وأما أن كل واحد منهما لو انفرد صحت دعواه، فإذا اجتمعا استويا كالأحرار المسلمين، ولأنه ساوى المسلم فى لحوق النسب، فيساويه فى المنازعة؛ قياسًا للفرع الذى هو المنازعة على الأصل الذى هو النسب.

الحكم الثالث: حريته.

وفى الجواهر: هو على الحرية، لا يقبل فيه دعوى الرق من أحد إلا ببينة، ولا يقبل إقراره هو على نفسه بالرق؛ لأنه ليس له أن يرق نفسه، لم يختلف فى ذلك مالك وأصحابه، وقاله الأئمة؛ لأن الأصل فى الناس الحرية، وإنما يطرأ عليهم الرق بجريرة الكفر، وقاله عمر، وقاله على - رضى الله عنهما - وتلا قوله - تعالى -: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠]، وجه الحجة: أنه لو كان

---

(١) أخرجه البخارى (٣٤٢٧)، ومسلم (٢٠/ ١٧٢٠) من حديث أبى هريرة.

(٢) فى ط الغرر.

رقيقًا لملتقطه - كما قاله بعضهم - لما احتاجوا إلى شرائه.

ولأنه إن كان ابن أمة فهو لسيدها، أو ابن أم ولد، أو ابن حرين فهو حر، فلا معنى لقوله: هو رقيق لملتقطه بغير سبب ملك، والالتقاط إنما هو للحفظ دون نقل الأملاك.

الحكم الرابع: جنايته.

وفي الجواهر: أرش خطئه في بيت المال؛ لأن ميراثه له، وإن جنى عليه، فالأرش؛ كسائر الأحرار، وبذلك قال الأئمة.

* * *

كتاب الوديعة

وفيه مقدمة وأربعة أركان:

المقدمة: فى اشتقاقه:

وهى مأخوذة من: الودع، وهو الترك، ومنه: قوله ﷺ: «وددت أن أخالف إلى بيوت أقوام فأضرم عليهم بيوتهم نارًا؛ لودعهم الجماعة»[1]، أى: لتركهم الجماعة.

ومنه قوله - تعالى -: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ﴾ [الضحى: ٣]، أى: ما ترك عادة إحسانه فى الوحى إليك؛ لأن المشركين ادعوا ذلك، لما تأخر عنه الوحى.

ومن خصائص هذا المصدر أن العرب لم تستعمل فعله الماضى استغناء بـ «ترك» فتقول: ترك، ولا يقولون: ودع، إلا شاذًّا، ولما كان المودع يترك ماله عندك سمى: وديعة.

وقيل: هى من الدعة، وهى من السكون، وخفض العيش؛ لأن المال ساكن عند المودع، والأول الصحيح؛ لظهور الواو فى أولها، والواو فى: «ودع» مخفف، وهى فعيلة[2] بمعنى مفعولة نحو: قتيلة بمعنى مقتولة، وجريحة بمعنى مجروحة، لا من باب رحيمة بمعنى راحمة، ولا بمعنى عليمة بمعنى عالمة، وفعيل - أبدًا - شأنه: التردد بين فاعل، ومفعول، وإنما يتعلق أحدهما بخصوص المادة التى وقع الكلام فيها.

الركن الأول: فى الإيداع:

وفى الجواهر: استنابة فى حفظ المال، وهو عقد أمانة إجماعًا؛ لأن القبض فيه لمصلحة الدافع، عكسه القرض، والمركب منهما: الرهن، لا جرم لم يختلف فى الطرفين، واختلف فى الضمان فى المركب، وهو عقد جائز من الجهتين، وقاله الأئمة.

نظائر: قال أبو عمران: العقود الجائزة خمسة:

الوكالة، والجعالة، والمغارسة، والتحكيم، والقراض، مذكران، والثلاث

---

(١) تقدم.

(٢) فى ط: فعليه.

مؤنثات، ويكون هذا سادسها.

وظاهر المذهب: أن الإيداع مندوب إليه لمن علم من نفسه الأمانة، ولم يكن المال يخاف عليه، ويكون مندوبا على الكفاية؛ كالأذان، والإقامة، وسنن تجهيز الأموات، وواجب عند الخوف على المال عند ربه من ظالم، وغيره، فيكون حينئذ صونه فرضًا على الكفاية.

وقال الأئمة: فى فصل النذر والوجوب؛ لأن صون المال واجب إجماعًا؛ كالنفوس، قاله صاحب المقدمات.

قال ابن شعبان: الإيداع غير واجب، وجدت من يودع لك أم لا، وينتفى لزومه إذا لم يجد [قياسًا][1] على تحمل الشهادة إذا دعيت، وليس فى البلد غيرك، ومن يرى وجوبه وجد من شهد أم لا.

قال صاحب الإشراف: إن أودعت بشرط الضمان، لا يضمن، وقاله الأئمة، خلافا للعنبرى؛ لأنه خلاف مقتضى العقد، فلا يلزم؛ كسائر الشروط.

وقال (ش): يفتقر للإيجاب، والقبول؛ كالوكالة.

وأصلنا: يقتضى عدم الاشتراط فيهما كما تقرر فى البيع.

وأصله: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

والسنة: قوله ﷺ «أد الأمانات لمن ائتمنك، ولا تخن من خانك»[2]

(وكانت عند رسول الله - ﷺ - ودائع تركها عند أم أيمن لما هاجر وأمر عليا - رضى الله عنه - أن يؤديها لأربابها)[3].

وأجمعت الأئمة فى جميع الأمصار، والأعصار على حسن الإيداع.

قاعدة: العقود قسمان:

---

(١) سقط فى ط.

(٢) من حديث أبى هريرة أخرجه الدارمى (٢/ ٢٦٤)، وأبو داود (٣/ ٨٠٥) حديث (٣٥٣٥)، والترمذى (٣/ ٥٦٤) حديث (١٢٦٤) وقال: حسن غريب. والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٦).

(٣) أما تسليمها، فلا يعرف، بل لم تكن عنده فى ذلك الوقت، وانظر تفصيل ذلك فى التلخيص للحافظ ابن حجر (٣/ ٢١٤ - ٢١٥)، والسنن الكبرى للبيهقى (٦/ ٢٨٩).

منها، ما تترتب مصلحته على مجرد العقد، فيكون شأنه اللزوم، كالبيع والإجارة، فإن مصلحته انتقال الملك، وقد حصل.

ومنها ما لا تترتب مصلحته على مجرد العقد؛ كالجعالة، فإن مصلحتها، ومقصودها حصول المجعول عليه، وهو غير متحصل عند العقد؛ لعدم انضباطه، وكذلك نظائرها، فكانت على الجواز، ثم ترد نقوض تندفع بالفروق الفقهية المذكورة فى مواضعها، وأصل القاعدة وسرها ما تقدم.

تنبيه:

الجواز فى اصطلاح العلماء له معنيان:

أحدهما: نفى الحرج عن الفعل والترك، وهو الإباحة، وهو الذى يكثر استعماله.

وثانيهما: تمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخ العقد شرعًا، ولا يمكن تفسيره بالإباحة، وإلا امتنع جعل البيع، والنكاح، وغيرهما[١] قسيما للعقود الجائزة الستة المتقدمة؛ لأنها مباحة، فكان التفسير يعم، فيتعين أن يكون لفظ الجواز فى الاصطلاح مشتركا.

الركن الثانى: المودع.

فى الجواهر: لا يشترط فيه إلا أهلية التوكيل، فإن البر والفاجر له أن يودع، غير أن المحجور عليه لا يتصرف فى المال، فلا يودع، وقاله الأئمة.

وقال (ش)، وابن حنبل: إذا أودعك صبى، أو معتوه، لم تبرأ، إلا بعد الدفع للولى. وينبغى أن يكون ذلك متفقا عليه.

الركن الثالث: عاقده.

فى الجواهر: لا يشترط فيه إلا أهليه التوكيل؛ لأنه وكيل على الحفظ، وقاله الأئمة.

وقال اللخمى: يشترط فيه أن يكون ذا محرم إذا كانت الوديعة امرأة إلا أن يكون مأمونًا، أو امرأة؛ لقول رسول الله ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة ليس بينه، وبينها محرم»[٢].

---

(١) فى ط: غيرها.

(٢) تقدم.

وأجاز مالك لمن ادعى أمة وأقام شاهدًا، أو لطخا، ووضع القيمة - أن يسافر بها إذا كان مأمونًا، ومنعه أصبغ، وهو أصوب؛ للحديث.

ولأن الخوف عليها من المدعى أشد؛ لأنه يقول: هى أمتى أستبيحها إذا غاب عليها.

وفى هذا الركن ثلاثة فروع.

الفرع الأول: فى الكتاب: إذا أودعت صغيرًا بإذن أهله أم لا، لم يضمن، كما لو بعته سلعة فأتلفها، لا يبيعه بثمن، ولا قيمة، ولو اشتريت منه ودفعت الثمن إليه فأتلفه، ضمنت السلعة، ولا يضمن الثمن.

وقال (ش)، وابن حنبل: لا يضمن الصبى الوديعة إلا إن أتلفها بنفسه، وكذلك المعتوه، ووافقنا (ح).

لنا: القياس على البهيمة.

ولأنك سلطته على الإتلاف، فهو كالإذن، فلا يضمن كالبالغ.

احتجوا بأنك سلطته على الحفظ، ولم تسلطه على الإتلاف، فهو كما لو أودعت عند خائن تعلم خيانته، فإنه يضمن إجماعًا؛ فكذلك ههنا.

والجواب عن الأول: أن علم المودع بحاله يتنزل منزلة الإقرار[1] ؛ كما أن من قدم حيوانًا للسباع، يضمنها إياه؛ لأن علمه بحال السبع تسليط.

وعن الثانى: أن الجائر[2] متوقع فى حقه الوازع الشرعى، بخلاف الصبى.

الفرع الثانى: فى الكتاب: إذا أودعت عبدًا محجورًا عليه فأتلفها، فهى فى ذمته إن عتق يومًا؛ لأنه لم يحق [. . .][3] لتسليطك عليها، فيكون كالدين فى الذمة، إلا أن يفسخها عند السيد فى الرق، وذلك له؛ لأنه عيب، وإذا أسقطته، سقط فى رقه، وبعد عتقه، وإلا لبقى العبد.

وما أتلفه المأذون له من وديعة، ففى ذمته لا فى رقبته؛ لأنك متطوع بالإيداع، وليس لسيده إسقاط ذلك عنه؛ لأنه عرضه لذلك بالإذن، وكذلك ما أفسده العبد الصانع المأذون له فى الصناعة مما دفع إليه ليعمله، أو يبيعه، وكذلك ما اؤتمن

(١) فى ط: الإكر.
(٢) فى ط: الجائز.
(٣) بياض فى ط.

عليه، أو استسلفه فهو فى ذمته، لا فى رقبته، ولا فيما بيده من مال السيد، وليس للسيد فسخ ذلك عنه؛ لأنه أذن له فيما تتوقع فيه هذه الأمور.

وما قبضه العبد، والمكاتب، وأم الولد، والمدبر من وديعة بإذن السيد فأهلكوها، ففى ذمتهم، لا فى رقابهم؛ كالمأذون، وبخلاف قبض الصبى الوديعة بإذن أبيه، لا يلزمه شىء، ولا ينبغى ذلك لأبيه.

قال التونسى: لا يضمن الصبى. وكذلك السفيه، أذن وليه أم لا؛ لأنك سلطته على ذلك.

واختلف: إذا كان العبد هو الذى أدخل نفسه فى ذلك وصدقته، كقوله: سيدى أمرنى أن أستعير منك فصدقته، ودفعت إليه، فأنكر سيده، فقال للسيد: إسقاطه بعد يمينه أنه ما بعثه، وهو الأشبه؛ لأن العبد ليس له أن يعيب نفسه بكذبه، وعدوانه، وأنت أتلفت متاعك بتصديقه.

وقيل: هو دين فى ذمته، ولا يسقطه.

وأما ما تعدى عليه العبد، والصبى، فيتبعون به، وكل ما لزم رقبة العبد، لزم ذمة الصبى.

واختلف فى الأمة المشتركة بين حر وعبد فيطأها العبد:

فقيل: جناية فى رقبته؛ لأنه لم يؤذن له فى ذلك.

وقيل: ليس بجناية؛ لأنه كالمأذون له فى ذلك؛ لشركة الحر إياه.

وفرق أشهب فى المأذون له بين الوغد - فلا يكون الإذن له فى التجارة إذنًا له فى الإيداع، ولسيده فسخ ذلك من ذمته - وبين ذى الهيئة، فلا يقدر السيد على فسخ ذلك من ذمته.

والمحجور إذا كان يبيع، ويشترى بغير إذن، فكالمأذون له فى ذلك، وأخذه الودائع.

وعن ابن القاسم: إن أسلفت مأذونًا له فى التجارة ذهبًا على عمل فأفلس، لزم ذلك العبد فى ذمته وخراجه إن أذن له فى المعاملات، وإن لم يؤذن له إلا فى عمل الصنعة فقط، والسلف كثير، ففى ذمته لا فى خراجه، أو يسيرًا، ففى ذمته وخراجه.

قال ابن يونس: فى العتبية: إذا أردت إيداعه، فقال له: أودع عبدى، ففعلت،

فاستهلكها العبد - فهى فى ذمته، وإن غره السيد فى العبد فلا شىء على العبد بكل حال.

قال ابن عبد الحكم: ولا يكون فى ذمته بإقراره أنه استهلكها حتى تقوم بينة.

قال اللخمى: لا ينبغى إيداع الصبى، ولا السفيه؛ لأنه تعريض المال للضياع. ولا يتبعان بإتلافهما إلا أن ينفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه، ولهما مال فيتبعان فى ذلك المال، ثم أفاد غيره، لم يتعاقبه. ووافقنا ابن حنبل فى القن.

وقال (ش)، و (ح): ما ضيع الصبى والعبد من الودائع، لا شىء عليهما، فإن أتلفاها، لم يضمنا عند (ح)، ونقض أصله؛ لقوله: إذا أودع الصبى عبدًا أو أمة فقتلهما، ضمنهما، وضمن (ش): العبد والصبى.

ومنشأ الخلاف: أن هذا الإيداع تسليط على الإتلاف أم لا؟

فعند (ش): هذا الإيداع ملغى، فكأنه[1] حتما على المال ابتداء.

لنا: أن التضييع معلوم من الصبى، فصاحب المال هو المهلك لماله، فلا يضمن.

وأوردوا على هذا: أنه لم ينتقض بما إذا أودع عبد معلوم الجناية، فإنه يضمن.

وقياسًا على ما إذا لفت من [. . .][2] الصبى فأتلف، لا يضمن، وكذلك: لو اشتريت منه، ودفعت له الثمن.

وأجابوا: بأن عقد المعاوضة يقتضى التسليط على العوض بخلاف الإيداع، ولأنا لو ضمنا لك، لرجع عليك؛ لأنك الذى سلطه، فلا يفيد التضمين شيئًا.

وقياسًا على العرض.

احتجوا: بالقياس على المأذون والمكاتب.

وجوابه: الفرق بأن العبد ليس مظنة الإتلاف.

الفرع الثالث: فى الكتاب: إذا أودعتهما أو أبضعتهما، فليكن المال عند أعدلهما؛ كالمال عند الوصيين، فإن لم يكن فى الوصيين عدل، خلعهما السلطان، ووضع عند غيرهما.

---

(١) فى ط: فكأنها.

(٢) بياض فى ط.

فى التنبيهات: لو اقتسماها، لم يضمناها فى ظاهر قول ابن القاسم.

والخلع عند عدم العدالة مختص بالوصيين؛ لأن الإيداع مشروع عند البر والفاجر، ولا يوصى الفاجر.

وقال القاضى إسماعيل: هما بخلاف الوصيين، لا يكون عند أحدهما، ولا ينزع منهما ولا يقتسمانه، ويجعلانه حيث يثقان وأياديهما فيه واحدة.

قال ابن يونس: قال أشهب فى البضاعة: إن اقتسماها أو كانت عند أدناهما عدالة ما لم يكن بَيِّنَ الفجور - فلا ضمان على واحد منهما.

قال يحيى: ولا يضمن الوصيان إذا اقتسما.

وقال ابن حبيب: يضمن كل وصى ما سلم بالتسليم، وما صار بيده، يدفع يد الآخر عنه، ولم يرضها الموصى إلا جميعًا.

الركن الرابع: الشىء المودع:

وله عاقبتان فى الاتفاق على البقاء.

وفى الجواهر: الرد واجب مهما طلب المالك، وانتفى الغرر، وقاله الأئمة، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: قال ابن يونس: إذا اعتذر عن الدفع لك بالركوب إلى موضع كذا، فلم يقبل عذره فحلف: لا يعطيكها هذه الليلة، وادعى من الغد ضياعها:

قال: امتناعه ضمان؛ لأنه أقرَّ بها.

وإن قال: لا أدرى متى ذهبت، حلف، ولا يضمن، قاله ابن القاسم.

وقال أصبغ: ويحلف: ما علم بذهابها حين منعه.

قال ابن القاسم: ولو قال: ذهبت بعد امتناعى، ضمنها؛ لمنعك إياها، إلا أن يكون له عذر يتضرر معه بمرافقتك.

وقال أصبغ: لا يضمن، كان له شغل أم لا، إلا أن يكون فى يديه، أو عند بابه، وليس فيه فتح، ولا غلق.

وقال ابن عبد الحكم: إذا قال من الغد: تلفت قبل امتناعى، أو بعده، لم يضمن، وكذلك لو قال: لا أدفعها إلا بالسلطان، فترافعتما إليه، فضاعت فى خلال ذلك، فلا يضمن؛ لأنه قد يخاف شغبك، وقد يعوق الناس عائق، وقد يثقل عليهم ذلك فى وقت، والمودع إنما دخل على الحفظ والتسليم على ما جرت به العوائد،

ويرد الناس مثل هذا من شغل وكيل، وما يعذرون به.

وقال (ح)، وابن حنبل: متى أخر عن القدرة على الدفع، أخر له عن الحفظ بالطلب، والرد واجب إجماعًا.

وفي الجواهر: قال ابن عبد الحكم: إذا قال: أنا مشغول إلى حد، فقال في غد: قبل مجيئك الأول، أو بعد - فلا يضمن.

وعن ابن القاسم: إذا امتنع إلا بقضاء السلطان فيقضى عليه بالدفع فهلكت قبل القضية، وبعد الطلب، فإن دفعت إليه بغير بينة، ضمن.

قال ابن القاسم: ومن طلبت منه وديعة، فقال: ضاعت من سنين، وكنت أرجو أن آخذها، ولم يكن يذكر هذا، وصاحبها حاضر - يصدق، ولا يضمن؛ لأنه أمر محتمل، وهو أمين، إلا أن يطلب منه فيقر بها عنده، ثم يدعى الضمان قبل ذلك فيضمن، وكذلك القراض.

وقال أصبغ: إذا لم يعرف منه طلب لها ولا ذكر لصاحبها، ولا لغيره؛ لأن عادة الناس ذكر مثلها، فيتهم.

قال ابن عبد الحكم: أصحابنا يقولون: إن سمع منه قبل ذلك الوقت، سمع منه، وإلا فلا.

قال: وأنا أرى: أن يحلف، ولا شيء عليه.

الفرع الثاني: في الكتاب: إذا لم تعلم موضع الذي أودعك، أحي هو أو ميت؟ ولا وارث له يستأني بها، فإن طال الزمان، وأيست منه، فتصدقت بها عنه؛ ليتحصل له ثوابها، فيحفظ عليه ملكه بحسب الإمكان، إما هو، أو بدله الذي هو الثواب.

قال ابن يونس: يريد: ويضمنها له إذا جاء.

الفرع الثالث: في الكتاب: إذا أودعك عبدًا، أو مأذونًا، أو غير مأذون ثم غاب، فلسيده أخذ الوديعة؛ كما له أخذ مال العبد منه.

وقد قال مالك: إن ادعيت متاعًا بيد عبد غير مأذون وصدقك العبد، وقال: هو بيد عبدي، لا أدري هل لك فيه شيء أم لا؟ فهو للعبد؛ لظاهر يده، ولا يمين على السيد؛ لعدم دعواه شيئًا، إلا أن يدعى على السيد أنه يعلم أنه لك فيحلف على علمه.

قال مالك: ولو كان العبد مأذونًا، صدق؛ كإقراره بالدين.

الفصل الثانى: فى النزاع فى الوديعة

وفيه خمس وعشرون مسألة:

الأولى:

فى الكتاب: يصدق فى رد الوديعة والقراض إليك، إلا أن يقبض ذلك ببينة، فلا يبرأ إلا ببينة، ولو قبض ببينة، صدق فى الضياع، والسرقة؛ لأن الإشهاد عليه متعذر.

وقال الأئمة: يصدق، وإن قبض ببينة.

لنا: أنه لما أشهد عليه فقد جعله أمينًا فى الحفظ دون الرد، فقد ادعى ما ليس أمينًا فيه، فيضمن.

ولأن الغالب ممن شهد عليه بشىء: أنه يجتهد فى دفع تلك الشهادة عنه بما يدفعها، بحيث إن لم يفعل ذلك تعينت التهمة الموجبة للضمان.

ولأن أصل اليد: الضمان، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»(١) خالفناه فى موانع الإجماع، فيبقى على مقتضاه فى صور النزاع.

ولأنه لولا الضمان حينئذ لانتفت فائدة الإشهاد، ولا يقال: فائدته تعذر الجحود عليه؛ لأنا نقول: دعوى الرد يقوم مقامه.

احتجوا: بالقياس على صورة القبض بغير بينة، ولأنه غير ضامن ابتداء عند القبض، فلا يضمن انتهاء؛ عملًا بالاستصحاب.

والجواب عن الأول: أن القبض بالبينة حاث على الإشهاد عند الدفع فى مجرى العادة، فلما خولفت العادة اتهم، بخلاف القبض بغير بينة، لا ضرورة تدعوه للإشهاد.

وعن الثانى: أن الاستصحاب معارض بما ذكرنا من التهمة الناشئة عن مخالفة العادة.

تفريع: قال صاحب النكت: إذا قبض بغير بينة، واتهم، حلف، قاله ابن القاسم.

فإن نكل: قال ابن عبد الحكم: يضمن، ولا ترد اليمين على المالك؛ لأنه إنما

---

(١) تقدم.

اتهمه، ولم يحقق ما يحلف عليه.

وقال بعض الشيوخ: يحلف على الرد، كان متهمًا أم لا، بخلاف الضياع.

والفرق: أنه فى الرد يدعى تيقن كذب المالك، وفى الضياع لا علم عنده، ولو أخذها بحضرة قوم لم يقصد شهادتهم عليه، صدق فى الرد، بخلاف الأخذ ببينة، وكذلك إذا أقر بها عند بينة، بخلاف من قصد الإشهاد عليه فإنه هو الذى تنبعث داعيته للإشهاد عند الرد.

قال ابن يونس: فى الموازية: إذا قبض بغير بينة، يصدق فى الرد مع يمينه، وقاله عبد الملك.

وقوله فى الكتاب: «يصدق فى الضياع والسرقة»، يريد: ولا يمين عليه، إلا أن يتهم، قاله أصحاب مالك.

قال اللخمى: قيل: لا يمين عليه؛ لأنها تهمة، وهو أمين.

وقيل: يحلف إلا أن يكون عدلًا [فلا] يحلف، متهمًا كان أم لا؛ لأن الناس قد استخفوا التهم، وتغير حالهم فيحلفون سدًا للذريعة، إلا المبرز فى الخير، ويحلف مدعى الرد، وقد قبض بغير بينة، كان مأمونًا أو غيره.

والفرق: أن هذا يدعى عليه التحقيق بخلاف الأول؛ لأنه يتهمه، إلا أن تطول المدة، بحيث يعلم أنه لا يستغنى عن مالك فى تلك المدة لقلة ذات يدك، أو لغير ذلك.

والقابض ببينة لا يبرأ إلا ببينة، إلا أن يكون الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركتها، أو قال المودع: أخاف أن يقول: هى سلف فاشهد[١] أنها وديعة، أو نحو ذلك مما يعلم أن المقصود به[٢] غير التوثق من القابض، فيصدق فى الرد بغير بينة.

الثانية:

فى الكتاب: إذا أنكر المرسل إليه وصول المال إليه، ضمن الرسول، إلا ببينة على الدفع، قبض منك ببينة أم [لا]؛ لأنه مفرط، إلا أن يشترط عدم الإشهاد على الدفع؛ لأنك أمنته على الدفع، وفى الأول: إنما أمنته على الحفظ؛ كالوصى يؤمن

---

(١) فى ط: فأشهد.

(٢) فى ط: بأن.

على الإنفاق دون الدفع. وقابض الوديعة ببينة وقال: لم أجد المرسل إليه، ورددت المال إليك؛ لأنه ادعى الدفع لمن ائتمنه، إلا أن يقبضه ببينة، فلا يبرأ إلا ببينة؛ كأخذ الوديعة، وإذا قدم الرسول بلد المرسل إليه، فمات بها، وأنكر المرسل إليه الأخذ - فلا شيء لك فى تركة الرسول؛ لأنه أمين لم يتعين تفريطه، ويحلف من يحوز[1] أمره من الورثة: ما يعلم لذلك شيئًا؛ لأنهم متهمون ببقائها فى التركة، ولو مات قبل البلد، ولم يوجد المال، أخذته من تركته؛ لأن من مات ولم يوص بالودائع، أو القراض التى قِبَلَه لم توجد فى تركته، فهو ضامن، ويحاص بها غرماؤه؛ لتفريطه.

فإن قال: هذا وديعة فلان، أو قراضه، صدق، إلا أن يتهم؛ لأنه أمر لا يعلم إلا من قبله، وهو أمين، ويأخذ ذلك من سمى له.

فإن قال: دفعته للمرسل إليه، وأكذبه المرسل إليه، وكان المال إليه أم لا - لم يبرأ منك إلا ببينة؛ لتفريطه فى الإشهاد، وهو أمين على الحفظ دون التسليم، كما تقدم.

وكذلك إن أمرته بصدقته على قوم معينين، فإن صدقه بعضهم، وكذبه بعضهم، ضمن حصة المكذب، أو على غير معينين، صدق مع يمينه بغير بينة؛ لأن غير المعين لا يقصد الدافع الإشهاد من قبل رسوله عليه لعدم انضباطه، فهو أمين فى الحفظ والتسليم معا.

وفى التنبيهات: إذا هلك ببلد المرسل إليه، ولم يوجد المبعوث به:

قال أشهب: هو ضامن، وجعله أكثرهم خلافًا.

وتأول حمديس الكتاب على ما إذا تطاول، فإن قرب، ضمن، وكذلك ضمنه فى الموازية.

وفى النكت: إذا اشترط الرسول عدم الإشهاد، نفعه، وإن اشترط عدم اليمين، لم ينفعه؛ لأن اليمين لا تتوجه إلا عند التهمة، ولم ير ذلك ابتداء، فقد اشترط أمرًا لم يتعين، بخلاف الإشهاد تعين سببه من الآن.

قال ابن يونس: وجه المدونة: أن موته فى الطريق ولم يوجد، يحمل على أنه

---

(١) فى ط: يجوز.

تعذير، وبعد وصوله البلد، يحمل على أنه دفعها، ولو كان حيًّا لأعلم شهوده.

وضمنه فى الموازية؛ لأن عليه الإشهاد، ولا يخفى ذلك عن ورثته إذا بحثوا، وإذا مات فى الطريق، برئت ذمته، وحمل على الضياع، لا على التعذير، عكس ما فى المدونة، وفى الصدقة على غير المعين، إنما يحلف إذا اتهم.

الثالثة:

فى الكتاب: إذا قلت: أقرضتك. وقال: أودعتنيه، وتلف المال، صدقت؛ لأن خروج مالك بيدك، لا على وجه يضمن خلاف الظاهر.

ولو قلت: سرقته أو غصبته، صدق، ولا يضمن؛ لأن الأصل: عدم العدوان.

ولو قلت: قضيتك إياه من دينك، أو رددته من قراضك، وقال: أودعتنيه، وضاع منى، صدقت مع يمينك؛ لأن خروج مالك بيدك، لا على وجه الضمان، خلاف الأصل. وإذا بعث بألف، وقال: هى دينك، وإن الألف الذى هو وديعة عندى تلفت، وقلت: بل المبعوث الوديعة - صدق كما يصدق فى ذهاب الوديعة.

قال ابن يونس: إذا اختلفتما فى الوديعة، والقرض، صدقت؛ لأنه معترف بوضع يده، مدع طرح الضمان عليه.

وقال أشهب: يصدق، ولا يؤاخذ أحد بغير ما أقرّ به، والأصل: عدم الضمان.

وقال بعض الفقهاء: فى دعواك الغصب: إنما ذلك إذا ادعيته على من لا يليق به، فصار مدعيًا لما يشبه، وأنت لما لا يشبه، وإلا فالقول قولك؛ لدعواك ما يشبه؛ كدعواك القرض على جملة الناس.

وقال أشهب فى اختلافكما فى المدفوع لك، هل دين، أو وديعة؟ إن دفع لك ببينة، صدق، وإلا صدقت، ولا يخرج من الدين إلا ببينة.

قال ابن يونس: وهذا إذا دفعت إليه الوديعة بغير بينة، فإذا رد بغير بينة دل ذلك على أنه الوديعة؛ لأن الإشهاد لا يلزمه، وإن رد ببينة دل على أنه القرض إذ لا يبرأ منه إلا ببينة، ووجب الرد ببينة لتعين قول ابن القاسم.

قال اللخمى: إذا قلت: أقرضتك، وقال: أودعتنى، والقابض ممن لا يودع غالبًا، ويحتاج إلى السلف، ترجح قول مالك، وفى العكس يصدق هو.

الرابعة:

فى الكتاب: إذا قلت: أمرنى بدفع الوديعة لفلان، ضمن، إلا ببينة، أنك أمرته

بذلك، أو تصدقه أنت؛ لأن الأصل: عدم إذنك له فى ذلك، وقاله (ش)، و (ح).

وقال ابن حنبل: يصدق؛ لأنه ادعى دفعًا يجزيه، فلا يضمن؛ قياسًا على دعواه الدفع إليك، ووافق على ما إذا اعترفت بالإذن، وأنكرت الدفع.

قال اللخمى: ليس له تسليمها بأمارة من قبلك، ولا بكتابك، وإن اعترف أنه خطك، إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خطك؛ لأنه لو حضرت لم يأخذها حتى تشهد له بما بيديه، ولو جحدته لم تنفعه الشهادة على القابض، إلا أن يعترف أنه وصاك بتسليمها بذلك، فيلزمه ما رضى به، وإن دفعها الرسول بغير أمارة، ولا كتاب، وهو عين، وهو موسر، جاز رضاه بذلك، ويلزمه ما ألزم نفسه، فإن أنكرت الرسالة، غرم مثلها، ولا ضرر عليك، فإن كانت عرضا مما لا يقضى فيه بالمثل، أو عينا، وهو معسر، منع رضاه بالدفع؛ لأنه ضرر عليك، وإذا دفع الرسول، وأنكرت أنك بعثته، خيرت بين تغريم الرسول، أو المودع، فإن غرم الرسول، لم يرجع بها على الآخذ منك.

قال: له الرجوع بها على الرسول، ومنع أشهب.

وقال محمد: إن دفعت بكتاب له أو بأمارة، رجعت على الرسول.

وعلى قول أشهب: لا يرجع.

قال ابن يونس: إذا أنكرت إرسال القابض:

قال أشهب: تصدق، قبضها ببينة أم لا، ويحلف، فإن نكلت، حلف المودع، وبرئ.

وقال أشهب: لك الرجوع على أيهما شئت، ثم لا ترجع من أخذت منه على الآخر؛ لأن الدافع صدق الرسول، وإذا جاز بخطك، أو بأمارة منك فعرف ذلك، وسلم، فأنكرت، حلفت: ما[1] كتبت، ولا سيرت، ثم يغرم، ويرجع على القابض، فإن سألك عن الرسول فسكت، ثم طالبته بعد ذلك، فتحلف: أنك ما أمرت القابض الرسول، وما كان سكوتك رضًا بقبضه، ولو علمت بقبضه فجئت إلى الآخذ منك، فقلت له: كلم فلانًا يحتال لى فيما قبضه، فهذا رضًا منك بقبضه، فيبرأ الدافع إليه، ولو طلبت الدافع فجحدك، فقلت: احلف ما أودعتك، قال

(١) فى ط: إما.

ابن عبدوس: يحلف ما لك شيء.

الخامسة:

في الكتاب: إذا بعثت إليه مالاً، فقال: تصدقت به عليّ، وقلت: وديعة، وتلف المال - فالرسول شاهد، يحلف معه المبعوث إليه.

قيل: كيف يحلف، ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي إذا بلغ مع شاهده في دين [كان لأبيه يقوم عليه شاهد واحد][1].

في التنبيهات: تأول القاضي إسماعيل شهادة الرسول مطلقًا، وقاله ابن عبد الحكم؛ لأنك اعترفت أنك أمرته بالدفع، فشهد على إقرارك.

وقال سحنون: معناه: أن المال في يد الرسول، ولو دفعه ضمن، أو هما حاضران، والمال حاضر. ولو أنفقه المبعوث إليه، امتنعت الشهادة؛ لأنه يدفع الضمان عن نفسه.

وقال أشهب: تمتنع شهادته إلا أن يكون المبعوث إليه مليًا، أو قامت للرسول بينة على الدفع، وأما إن كان معدمًا، فلا، وجعل بعضهم قول أشهب، وابن القاسم وفاقًا، وأن كل واحد منهما تكلم على وجه.

وفي النكت: قال القاضي إسماعيل: معنى قول مالك: قبول الشهادة مطلقًا؛ لأنك وافقت الرسول على الدفع، وإنما خالفت في الوجه الذي به قبضه الآخذ، فلم يضمن الرسول، وإنما يضمن أن لو قلت لمن أمرك فإذا ضمنته، امتنعت شهادته.

قال ابن يونس: وعلل أشهب - أيضًا - بأنه دفع دفعًا لم يؤمر به؛ لأنه أمر أن يدفع على وجه الإيداع فدفع على وجه التمليك، فتمنع شهادته.

قيل: وإذا غرم الرسول رجع على المدفوع إليه، وإن كان عنده مظلومًا؛ لأنه يقول: الآمر ظلمك، وأغرمني بسببك؛ إذ لم يجد المال بيدك، كقوله في المودع يأتيه بخط رب المال: إنه دفعه له صلة، أو إنه له، وهو لا يشك أنه خطه، فإذا عدم المودع، رجع على القابض، وإن كان يعلم أنه مظلوم؛ لأنه يقول: بسببك وصل إلي الغرم.

قال ابن يونس: ويحتمل أن الفرق بين المسألتين: أن المأمور في الأولى يتحقق

---

(١) بياض في ط.

تكذيب الآمر، وأن المدفوع إليه مظلوم، فلا يرجع إليه، وفى الثانية: لا يقطع بحقيقة كذبه؛ إذ قد يزور خطه، ويعرف أمارته، فلهذا يرجع، وعلى أصل ابن القاسم: لا يرجع، كالمستحق من يده دابة، وهو يعلم أنها تباح عند بائعها.

قال ابن القاسم: لا يرجع على البائع بالثمن، وقد اختلف قول أشهب فى هذا الأصل، فقال: إذا قال: بعثنى ربها إليك لأخذها، وصدقه، ودفع، فادعى على ضياعها، وأنكرت بعثته - حلفت، وغرم، [و] لا رجوع له على الرسول، بخلاف ما تقدم له، وابن القاسم يرى له الرجوع ههنا؛ لأنه لم يتحقق صدقه.

السادسة:

فى الكتاب: إذا بعثت عبدك، أو أجيرك لقبض ثمن ما بعته، فقال: قبضته، وضاع منى، ولم يقم المشترى بينة بالدفع - ضمن، بخلاف من دفعت إليه مالًا ليدفعه، فقال: دفعته بغير بينة، وصدقه المرسل إليه فيما هو من حقوقه، أو وديعة قائمة بيده، وأما ما أقر به وادعى تلفه، فلا يضمن.

فى التنبيهات: حمل ابن حمديس، وجماعة الأندلسيين قوله: «إذا صدقه المرسل إليه لا يضمن، إذا كان تصديقه المرسل إليه فيما هو من حقوقه، أو وديعة قائمة بيده، وأما ما أقر به وادعى تلفه، وجحد القبض فيما ليس حقًّا له، لا يبرأ الرسول إلا ببينة على القبض.

وقال ابن لبابة، وغيره: لا يضمن مطلقًا، وهو كظاهر الكتاب، وعليه اختصرها أكثرهم.

قال ابن يونس: يريد: أن المال دين عليه للمرسل إليه، فلا يضمن؛ لأنه طلب لك، وأما غير ذلك فلا يبرأ الدافع إلا ببينة.

وقال بعض الفقهاء فى أول المسألة: إنما لم يصدق المشترى إلا ببينة؛ لأنه لك فى ذمته، ولو كان أصله وديعة، لصدق.

وفى الموازية: لا يصدق لدفعه.

السابعة:

فى الكتاب: إذا أنفقت على الدابة بغير أمر السلطان، وشهدت بينة بأنها وديعتك من حين كذا، فإن الإمام يبيعها، ويقضيك النفقة، وإن لم يشهد بها إذا لم تدع شططًا.

قال ابن يونس: الفرق بين هذه، وبين الزوجة تدعى غيبة زوجها: أنها أنفقت من مالها على نفسها فلا يقبل منها، إلا أن تكون رفعت إلى السلطان: أنه لم يترك لها نفقة: إن البينة شهدت لها بالوديعة عنده، ولم يطلع على نفقتها، والزوجة فى دار زوجها، وموضع ماله.

ولو ادعت المرأة: أنها أنفقت على دابته من مالها، لكان كدعواها النفقة على نفسها؛ لأنها فى دار صاحبها.

قال القاضى فى الإشراف: إذا لم يأمرك بعلف البهيمة، لزمك علفها أو تدفعها للحاكم فيتدين على صاحبها لعلفها أو بيعها إن كان قد غاب، فإن تركها لم يعلفها فهلكت، ضمنتها، ووافقنا (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): لا يلزمك علفها؛ لأنه فوض إليك الحفظ دون العلف.

وجوابه: أن صون البهائم عن تعذيبها بالجوع وغيره حق لله، وهو لو فعل ذلك أثم، وحق الله - تعالى - لا يتوقف فعله ووجوبه على إذن الخلق.

أو يقول: أنت مأمور بحفظها، وهذا منه، فكان عليك؛ كما لو رأيتها تتردى فى بئر، وجب عليك صونها عنه.

الثامنة:

فى الكتاب: إذا قال: أنفقتها على أهلك، وولدك، وصدقوه، ضمن، إلا أن تقوم له ببينة، ويشبه نفقة مثلهم، ولم يبعث إليهم بالنفقة؛ لعدم إذنك له فى ذلك، ومن تصرف فى مال غيره بغير إذنه، ضمنه.

فى التنبيهات: وقع فى بعض نسخ المدونة:

وقال غيره: إن صدقوه، ولم يبعث إليهم بشىء، وهى نفقة مثلهم، لا يضمن، وإن قلت: كنت أبعث إليهم، ضمن.

قال ابن يونس: ينبغى إذا فرض لهم قاض إذا اعترفت أنك لم تترك لهم نفقة، ولا بعثت بها، وصدقوه أنه أنفق من الوديعة نفقة مثلهم - لا يضمن، وإن تقم بينة إذا صدقته الزوجة الكافلة الولد؛ لأنها لو أنفقت من عندها لرجعت بذلك على الزوج.

قال أشهب: إذا قلت: دفعت النفقة، أو بعثت بها إليهم، حلفت على ذلك، وعلى وصولها، ثم يضمن، ولا ترجع على أهلك بشىء إن قال: أمرتنى بالدفع، أو

قال لك: لم أفعل، وإلا رجعت على من يلى نفسه بقدر حصته، وهذا ما لم يكن السلطان قضى على الغائب بالنفقة، فإن قضى، لم تصدق فى قولك: بعثت، أو تركت، إلا ببينة، فيكون الجواب كما تقدم.

قال التونسى: لا يحتاج المنفق إلى بينة إذا صدقه الكافل، أو أمهم، أو كانت المتولية للنفقة إذا أقررت أنك لم تبعث إليهم، وأخلفت نفقة؛ لأنها لو قالت: النفقة من عندى صدقت، ورجعت عليك، ولا فرق، إلا أن تريد أن الذين قاموا بها سواك، فلا يجوز إقرارها عليهم.

التاسعة:

فى الكتاب: إذا استهلكها وادعى أنك وهبتها له، وأنكرت - صدقت.

قال ابن يونس: يريد: وتحلف.

العاشرة:

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا ادعاها رجلان، ولا يدرى لمن هى - هى لهما بعد أيمانهما؛ لعدم المرجح لهما، أو لغيرهما، فإن نكل أحدهما، اختصت بالحالف، وأما فى الدين، فيغرم لكل واحد مائة؛ لأنهما مدعيان على ذمتك، فلم يتعين شىء يقسم بينهما، ولا تعدد فى الذمم، بخلاف المعينات.

وقال سحنون: إن تداعيا الوديعة بعد الوفاء، وقال ابنك: لا أدرى، إلا أن أبى ذكر أنها وديعة، توقف أبدًا حتى يستحقها أحدٌ بالبينة، وقال فيمن أودعك مائة، وآخر: خمسين، فنسيت صاحب المائة، وادعى كلاهما: يتحالفان، ويقتسمان المائة، والخمسين؛ لعدم مدع غيرهما.

وقيل: يغرم لكل واحد مائة بعد أيمانهما.

قال محمد: إذا قلت: دفع لى فلان مائة، لا يصدق بها، وفعلت، ثم قلت: بل هو فلان، وادعى كل واحد أنه الآمر لك بالصدقة - يغرم لكل واحد مائة.

قال أشهب: الصدقة نافذة لمن كانت منهما، ولا تبعة عليك، لموافقتهما لك على الصدقة.

الحادية عشرة:

قال صاحب البيان: قال مالك: أعطتك امرأة وثيقة على زوجها، وماتت، ولا وارث لها غير زوجها: إن كان عليها دين، فلا تعط الوثيقة، وإلا أعطها له بعد

الإشهاد؛ لانتقالها إليه، فالميراث والوصية كالدين، وإذا كان مالها يفى بدينها ووصاياها، دفعها إليه بالإشهاد.

قال: والأولى:

وضعها على يدى عدل؛ مخافة طريان دين لم يعلم به، ومراده بالدين: لا يفى به مالها.

الثانية عشرة:

قال: قال مالك: لك عنده عشرة، أخذت منها خمسة فتسلفها، وأشهدت عليه ببينة مؤرخة، ثم أخرج براءة غير مؤرخة، لا منسوبة للعشرة، ولا للخمسة الباقية، فقلت: هى من العشرة، وقال: بل من الخمسة - تصدق مع يمينك، وتكون من العشرة إذا ثبت أصل العشرة؛ لأنه أقر بالأصل، والأصل بقاؤه عنده. و[إن][1]لم يقر بذلك، ولا ثبت ببينة صدق هو مع يمينه؛ لعدم ثبوت الأصل، والأصل: إبراء ذمته.

الثالثة عشرة:

قال: أودعته حنطة فتسلفها، فقلت: كان فيها دينار صدق مع يمينه؛ لأن الأصل: براءته، وحلفه ليس على علمه، بل: ما أخذته، ولا علمتُ لك فيها شيئًا، فإن لم تحقق عليه الدعوى، فعلى الخلاف فى يمين التهم.

الرابعة عشرة:

قال: قال ابن القاسم: إذا غرم على وديعتك من ظالم، يلزمك الغرم؛ لأنه مصيبة نزلت به.

وقيل: يرجع عليك؛ لأنه غرم بسببك؛ كالشاتين المأخوذتين فى الخلطة عن مائة وإحدى وعشرين، لإدخال الضرر، وهذا الخلاف إنما هو فيما لم يعلم به، أما إذا علمت أن بالطريق مكانًا يقوم الناس على المتاع، فلا ينبغى جريان الخلاف، بل يتعين الغرم عليك؛ لأنك كالآذن فيه، وكذلك إن صانع بعض الرفاق اللصوص عن الرفاق، وعلم ذلك بذلك الموضع، لزم الغرم من حضر ومن غاب ممن له متاع فى تلك الرفقة، وعلى صاحب الظهر ما ينوبهم، وإن كان يخاف أن ذلك لا ينجى، لم يرجع على الغائب، قاله كله سحنون.

---

(١) سقط فى ط.

الخامسة عشرة:

قال: قال مالك: إذا حمل القمح الوديعة إلى بلد ليبيعه، لم يكن لك أخذه منه إلا بموضع الاستيداع، وكذلك السلف، والسارق، نفيًا لضرره بتضييع الكراء عليه.

وقال أشهب: يخير بين عين طعامك، أو مثله فى البلد فى السرقة، والوديعة؛ لأن الضرر يجعل لك بالنقل فيخير، ويقدم عليه؛ لأنك صاحب الحق.

[القول الثالث: تفريق أصبغ ببين البلد القريب فيوافق أشهب، وبين البعيد فيوافق ابن القاسم](١)

قال: والظالم يحمل بعض الحمل، قاله فى السرقة، والوديعة مثلها.

وفرق ابن القاسم بين الطعام فقال ما تقدم، وبين العروض، والحيوان، والرقيق الذى لا يحتاج إلى كراء من بلد إلى بلد، والدواب، لك أخذها حيث وجدتها، والرقيق المحتاج للكراء، والبز العروض يخير فيها؛ لأنها عين شيط وقيمتها فى موضع الأخذ منك؛ نفيًا لضرر الكراء عنك، وسوّى أشهب بين التخيير بين أخذ الطعام، أو مثله فى موضع القبض، وقيمة الحيوان، والعروض فى موضع الأخذ يوم الأخذ.

وفرق أصبغ: فقال فى الطعام بقول ابن القاسم، فليس لك إلا طعامك بموضع الأخذ، إلا أن يكون قريبًا، كما تقدم، وفى العروض، والحيوان بقول أشهب.

وفرق سحنون بين الطعام، فقال بقول ابن القاسم، وفى العروض، والحيوان، فقال: ليس لك إلا أخذ متاعك فى الموضع الذى وجد فيه.

فيتحصل فى العروض والحيوان ثلاثة أقوال:

قول سحنون، وقول أشهب، وتفرقة ابن القاسم بين ما يحتاج للكراء، وما لا يحتاج.

وفى الطعام ثلاثة أقوال: قول ابن القاسم، والتخيير، وتفرقة أصبغ بين القريب والبعيد.

السادسة عشرة:

قال: قال مالك: إذا قلت: نقصت، وتداعيتما للسلطان، فيقول لك: أنا أسافر

---

(١) فى ط: والقول الثالث: تفريقه أصبغ بين البلد القريب فيوافق أشهب فيوافق ابن القاسم.

فلا تشغلنى، فتركته: قال: عندى شىء، وإنما قلت ذلك لئلا تشغلنى عند السفر - يغرم لك كل ما حلفت عليه؛ لأن اليمين وجبت له عليك بردها عليك.

ولو قال: دعنى أسافر، فإن لم يرجع إلى وقت كذا، وأنت مصدق مع يمينك، لم يلزم ذلك؛ لأنه مخاطرة، بخلاف الأول، فرق بين الوجهين مطرف، وأصبغ.

وهو قياس قول ابن القاسم فى المدونة فى الكفيل يقول: إن لم يأتك غريمك بحقك إلى أجل فأنا ضامن للمال: لا يلزم ذلك.

قال ابن عبد الحكم: لا يلزم المستودع أن ذلك رد لليمين، وإن ذكره على غير وجه الشرط، ويحلف ويبرأ، وإن نكل، حلفت، وأخذت تمام وديعتك، ولو رد اليمين بدون سبب، لزم قولًا واحدًا، وإنما يختلف إذا نكل، ولم يصرح بردها عليك قبل، قال: لا أحلف، فهل له الحلف بعد ذلك؟ قولان.

وقال ابن دحون: إنما يصح هذا الجواب إذا كانت الوديعة ببينة، أو على رأى من يرى اليمين على المودع، فلزمه ذلك، ولم يكن له عنده رجوع.

قال: وهو باطل؛ لأنه لا خلاف فى وجوب اليمين على المودع فى دعوى النقصان، وإن لم يكن على الوديعة بينة، ولا أن الغرم يلزمه إذا حلف رب الوديعة إذا كانت عليها بينة.

السابعة عشرة:

قال: قال ابن القاسم: إذا أودعته عشرة دنانير، وبين يديه عشرة فوضعها بإزائها فضاعت خمسة لم يعلم من أيهما - فعليه لك عشرة.

قال: يريد: أن عشرة الوديعة التبست، ولو علمت، لعرف النقص بوجودها ناقصة.

قال: وجوابه هذا مبنى على أن القليل إذا قال: عندى وديعة لفلان، أو لفلان: أنه يغرم لكل واحد مائة، وعلى القول بأنهما يحلفان، ويقسمان المائة إذا ادعيت العشرة الكاملة، أخذتها، قيل: بيمين، وقيل: بغير يمين، على الخلاف فى يمين التهم.

وإن قلت: لا أدرى، فمصيبة الذاهب منكما، ويقسمان الباقى نصفين بغير يمين.

وقيل: بعد حلف كل واحد منكما: إنه لا يدرى، وكذلك إن نكلتما، والخلاف فى اليمين على الخلاف فى يمين التهم.

الثامنة عشرة:

قال: قال ابن القاسم: إذا أودعك دينارًا، وعندك عشرة فضاع ديناره، لا يعلم حاله فلك تسعة، ويقسمان العاشر نصفين؛ لأن التداعى إنما وقع فيه، وأما التسعة فسلمت لك.

وعن مالك: أنه شريك: أودعك ثلاثة، فضاع اثنان، لكان لك ثمانية، وله دينار، وتقسمان الدينار الباقى بينكما نصفين، ولو ضاع ثلاثة لكان لك سبعة، وتقسمان الثلاثة الباقية نصفين.

وعلى قول مالك: يقسمان الأحد عشر إن ضاع اثنان، أو العشرة إن ضاع ثلاثة على ثلاثة عشر - جاز، وكذلك إذا تداعى الرجلان شيئًا، فيقول أحدهما: لى عشرة، والآخر: لى جميعه، على هذا الخلاف إذا لم يكن فى يد أحدهما دانق[1]، واختلف: إذا كان بيدهما جميعًا:

فقيل: يجرى على الخلاف بعد أيمانهما؛ لأن استواء الأيدى لعدم الأيدى.

وقيل: يصدق مدعى العشرة مع يمينه؛ لأنه حائز النصف، فعلى من ادعى عليه أن له الأكثر من النصف - إقامة البينة.

التاسعة عشرة:

قال: قال ابن القاسم: إذا أودعته، وقلت له: من أتاك بأمارة كذا فأعطه - لا يعلم الأمارة غيركما - ففعل، ومت، فقال ورثتك للقابض بالأمارة: مالنا، فقال: صنعت به ما أمر به مورثكم، فيحلف على ذلك، وأنه لم يتعد غير ما قاله المورث، ويبرأ.

قال: وفى هذا نظر، والقياس: أن يسأل القابض بالأمارة عما أمره المورث به فإن من الأشياء مَا لا[2] يصدق المأمور أنه فعله، فإن ذكر ما يصدق، صدق بيمينه، وإلا صدق مع يمينه فى أنه أمره، ولا يصدق فى أنه فعله إلا ببينة، هذا إذا لم يعلم الوارث ما أمر به المورث، أما لو علم، نزل منزلة موروثه فى الدعوى، ويكون القابض مدعيًا فيما زعم أنه أمره به فكذبه فيه الوارث، فلا تصح هذه المسألة أن

(١) فى ط: أبقا.
(٢) فى ط: ملا.

يكون القابض بالأمارة لم يعلم إلا من قبله، وهو المخبر بجميع ذلك للوارث، فليس عليه حينئذ أن يبين الوارث مصرف المال؛ لأنه لو أراد ألا يقر بشيء لفعل.

العشرون:

قال: قال ابن القاسم: إذا أودعته ثم أشهدت أن الوديعة صدقة على فلان، ولم تأمره بأن يقبض[1] للمتصدق عليه، ثم مت، إن علم بذلك المستودع، فهى للمتصدق عليه، وإلا فلا شيء له؛ لأن لعلمه [سارقًا بضالة حتى][2] لو طلبتها بعد ذلك منه حرم عليه دفعها لك، ولو دفعها، ضمنها.

قال: وهذا خلاف ما فى المدونة فإنه لم يشترط العلم، بل جعل قبض المخدم، والمستعير قبضًا للموهوب، ويتخرج فيها قول ثالث قياسًا على ارتهان فضلة الرهن الحيازة، لا تصح حتى يعلم المستودع ويرضى أن يكون حائزًا للموهوب، إلا أن يفرق بأن حيازة الرهن أشد منها فى الصدقة، وقاله مالك.

وهذه الأقوال إنما تجيء إذا قبل الموهوب له الهبة، وإلا فلا شيء على المستودع فى ردها قبل قبوله وعلمه بها إذا كان الموهوب له حاضرًا، وأما الغائب فتصح حيازة المستودع له، وإن مات الواهب قبل القبول، وسواء عند مالك، وابن القاسم كان الشيء الموهوب بيد الواهب أو بيد الحائز.

وعند أشهب: إن كان بيد الموهوب له صحت الهبة، وإن لم يقبل حتى مات الواهب؛ لأن كون ذلك فى يده أشد الحوز.

الحادية والعشرون:

قال: قال ابن وهب: إذا بعث بها إليك فعدا عليها عاد، فقلت: لم آمرك ببعثها، وقال: أمرتنى فهو ضامن؛ لتعديه، ويحلف: ما أمرته بذلك، ولقد تعدى عليك فى البعث، فإن ادعى الرد إليك بنفسه، فعليه اليمين اتفاقًا، وإن ادعى التلف، حلف على الخلاف فى يمين التهم.

وقيل: إن كان من أهل التهم، أحلف، وإلا فلا، وهو المشهور، وأما إن حقق عليه الدعوى فعليه اليمين اتفاقًا، وله ردها.

---

(١) فى ط: بعض.

(٢) كذا فى ط.

الثانية والعشرون:

قال: قال ابن القاسم: إذا قال: ضاعت من سنين، وكنت أطلبها، وأرجو وجودها، ولم يسمع ذلك منه، وأنت حاضر، ولم يذكر ذلك لك - صدق، ولا يضمن؛ لأنه أمين، إلا أن يكون قد طلبت منه، فأقر أنها عنده، ثم ادعى الضياع قبل ذلك، وكذلك القرض، وضمنه أصبغ فى الأول؛ لأن سكوته وأنت حاضر، وطول الزمان، وفيه قال: وقول ابن القاسم أظهر؛ لأنه أمين.

الثالثة والعشرون:

قال: قال أصبغ: إذا قال: لا أدرى أدفعتها إليك، أم ضاعت منى؟ صدق، ولا يضمن؛ لأنه أمين إلا أن يقبضها ببينة، فيضمن، ويحلف فى القسم الأول: لقد دفعها أو تلفت، ولو قبضها ببينة، وادعى الضياع بعينه، صدق، ولا يضمن، ولو قال: لا أدرى موضع دفنها، ضمنه ابن القاسم؛ لتضييعه بكونه لا يدرى موضع دفنها، إلا أن يقول: دفنتها حيث يسوغ له دفنها، فلم يجدها بذلك الموضع، فلا يضمن؛ كما لو سقطت منه.

وفى إعذاره بنسيان موضع الدفن خلاف، وههنا لم يجعله عذرًا.

الرابعة والعشرون:

قال صاحب الجواهر: إذا طلب المودع عند الرد أجرًا على حفظ الوديعة، لم يكن له؛ لأن الأمانة إحسان لله - تعالى - كالصدقة، إلا أن يكون ممن يشغل منزله فيطلب أجرة منزله الذى كانت فيه، فذلك له؛ لأن الأصل: عدم انتقال ملكه عن الأعيان، والمنافع إلا بعوض، وإن احتاجت إلى غلق، أو قفل، فعلى صاحبها؛ لأن الأصل: عصمة ماله، كما تقدم.

الخامسة والعشرون:

فى الكتاب: إن جحدك وديعة، أو عرضًا، أو غيره، وصار له بيدك مثله بإيداع، أو بيع، أو غيره - لا ينبغى أن يجحده؛ لقوله ﷺ: «أد الأمانة لمن ائتمنك، ولا تخن من خانك»[1].

قال صاحب المقدمات: الخيانة حرام، غير أن فى هذه المسألة خمسة أقوال:

---

(١) تقدم.

المنع، والكراهية، والإباحة، واستحباب الأخذ - قاله عبد الملك، كان عليه دين أم لا - والتفرقة: إن لم يكن أخذ، وإلا فيما يجب فى المحاصة فقط، قاله مالك.

وزاد ابن نافع: إن أمن أن يحلف كاذبًا فأن يقبل منه أن يحلف: ما له عندى حق، على ما روى أصبغ.

وقال ابن شعبان: يحلف: ما له عندى وديعة، ولا غيرها، بخلاف الحقوق الثابتة فى الذمة؛ لأن الوديعة لا تلزم ذمته إلا بالتفريط، وما لا يلزم: يحلف على أقل ما يبرئه منه، وكذلك كان يأخذ الوديعة إياس بن معاوية.

زاد ابن شعبان: ولا وجب له فى ذمتى حق بسبب الوديعة التى يذكرها، مخافة أن يكون فرط فيها، فوجبت فى ذمته، فيصدق ما له عندى وديعة؛ لأن المستحق قيمتها أو مثلها.

وعند (ش): يأخذ، كان عليه دين أم لا، غير أنه لا يتملك غير جنس حقه، بل يتبعه، ويأخذ منه جنس حقه.

قال: وأظهر الأقاويل: إباحة الأخذ؛ لقول رسول الله ﷺ لهند بنت عتبة لما شكت إليه أن زوجها أبا سفيان لا يعطيها من الطعام ما يكفيها، وولدها: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف». [1]

فقوله: بالمعروف، أى: لا تزد على ما تستحق، وهو المراد بقوله ﷺ: «ولا تخن من خانك» ؛ لأن آخذ حقه ليس بخائن، بل امتثل أمره ﷺ لهند، فلا تتعارض الأحاديث، مع أن سبب الحديث: السؤال عن وطء امرأة ائتمنه عليها رجل، قد كان هو ائتمنه على امرأة، فخانه فيها ووطئها، فنهاه ﷺ عن مقابلة الزنى بالزنى، والاحتجاج لأصح قولى مالك بهذا الحديث؛ لأن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب.

وقيل: إذا جحدك ذهبًا، فوجدت له دراهم، أو عروضًا، لم يكن له أخذه، ولا بيعه بمثل ما كان لك؛ لأنه لم يوكلك على ذلك.

قال: وبه أقول.

---

(١) تقدم.

قال ابن يونس عن مالك: لك عليه دين بلا بينة فهلك، وليس عليه غيره، وله عليك حق مثله بلا بينة:

قال مالك: لا تجحد ما عليك، وتحتسب ما لك، وإن جحدك فلا تجحده.

وقال ابن عبد الحكم: لك جحده، ولا يضرك الحلف؛ لأنه كالمكره على اليمين فى أخذ ماله.

وقال ابن القاسم: يحنث إلا أن يؤدى ذلك إلى ضربه وسجنه.

قال اللخمى: الصواب: أن لك جحده وديعته فى حقك، وإن كان له غرماء إذا كانوا عالمين بفلسه، فتركوه يتصرف فى البيع والشراء، ويقضى، وشكوا فى حاله فتركوه، وإن كان ظاهر اليسار، أخذت ما يخصك، وإن كانت الوديعة عرضًا، جاز بيعها، وأخذ ثمنها فيما لك عليه.

ومنعك مالك أن تحلف: ما أودعك.

وقيل: تحلف: ما أودعنى أى وديعة يلزمنى ردها، ينوى ذلك.

وفى الجواهر: مراد الشيخ أبى الوليد بقول التحريم: رواية المدونة.

قاعدة: تصرفات رسول الله ﷺ تقع بالفتيا؛ لأنه سيد العلماء الأعلام، وبالقضاء؛ لأنه حاكم الحكام، وبالإمامة[(١)]؛ لأنه الخليفة على الخاص والعام.

وتقع تصرفات يختلف العلماء من أى الأبواب الثلاثة هى، حتى يشترط فى[(٢)] حقنا شروط ذلك الباب، كقوله ﷺ: «من قتل قتيلا فله سلبه»[(٣)].

قال (ش): هو تصرف بالفتيا فيعم الخلائق؛ كالصلاة، ولا يحتاج ذلك إلى إمام يأمن له؛ لأن غالب تصرفاته عليه؛ لأنه رسول، والمسألة أصل تصرفه، وهو كلام حق، وقد تقدم الجواب عنه فى الجهاد.

وقال مالك: هو تصرف بالإمامة، وما كان بتصرف الإمامة لا يثبت إلا بتشريع

---

(١) فى ط: بالأمانة.

(٢) فى ط: فيه.

(٣) من حديث أبى قتادة بن ربعى أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٤٥٤ - ٤٥٥) فى كتاب الجهاد: باب ما جاء فى السلب (١٨)، وأخرجه البخارى (٨/ ٣٤ - ٣٥)، فى المغازى: باب قول الله - تعالى - ﴿ويوم حنين﴾ (٤٣٢١)، ومسلم (٣/ ١٣٧٠) فى الجهاد: باب استحقاق القاتل سلب القتيل (٤١/ ١٧٥١).

الإمام له فى كل حادث؛ كالحدود والتعازير، لا يتوجه ولا يثبت إلا بإمام.

وكقوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»[١]:

قال (ح): هو تصرف بالإمامة؛ فلا يحيى أحد إلا بإذن الإمام.

وقال (ش)، ومالك: هو بالفتيا، فمن أحيى ملك؛ لأن شأن الفتيا لا تفتقر إلى الإمامة.

وكحديث[٢] هند:

قال مالك: وهو تصرف بالقضاء، فليس لأحد أن يأخذ مال غريمه المعجوز عنه، إلا بإذن القاضى.

وقال (ش): هو من باب الفتيا، فيجوز لمن ظهر الأخذ مطلقًا.

قال الخطابى: كان ذلك قضاء بعلمه ﷺ، فإنه كان يعلم حال أبى سفيان فقضى عليه، وهذا التقدير فتيا؛ لأنه ﷺ لم يسمع من أبى سفيان جواب المدعى عليه، والقضاء لا بد فيه من ذلك، فتتعين الفتيا، وبهذه القاعدة يحتج لمالك - رحمه الله - إلى جواب عن القضاء بالعلم، فاعلم ذلك.

قاعدة: تتخرج عليها مسائل هذا الفصل فى التنازع:

المدعى: من كان قوله على خلاف أصل، أو ظاهر. والمدعى عليه الذى يحلف، ويصدق مع يمينه، وتكون البينة على خصمه.

من كان قوله على وفق الأصل، كقولك: لى عنده دينار، فيقول: لا، فقوله على وفق الأصل؛ لأن الأصل: براءة ذمته. وقولك: على خلاف الأصل، فعليك البينة.

أو كان قوله: على وفق الظاهر؛ كقول الوصى: أنفقت المال، ومثل اليتيم لا يحتاجه، فإنه مدع، عليه البينة؛ لأنه على خلاف الظاهر، وقول طالب المال على وفقه.

وكذلك قابض الوديعة ببينة، الظاهر أنه إنما يرد ببينة، فإذا ادعى خلافه فهو خلاف الظاهر، فعليه البينة.

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: ولحديث.

فليس كل طالب مدعيًا يحتاج للبينة، وليس كل مطلوب منه مدعى عليه يصدق مع يمينه، كما تقدم.

وبعض الأصحاب يقول: المدعى: أضعف المتداعيين سببًا، والمدعى عليه: أقوى المتداعيين سببًا، ومراده: ما ذكرته.

العاقبة الثانية للوديعة: الضمان عند التلف:

وفى الجواهر: لا يلزم الضمان إلا عند التقصير، وللتقصير سبعة أسباب:

السبب الأول: أن يودع عند غيره، أو يرسلها معه، وفيه ثمانية فروع:

الفرع الأول: فى الكتاب: إذا دفعها لامرأته، أو خادمه ليدفعه فى بيته، ومن شأنه أن يدفع له أو غيره أو [أجيره][(١)] الذى فى عياله - لم يضمن؛ لأنه شأن الناس، ويصدق أنه فعل ذلك، وإن لم تقم له بينة، ووافقنا (ح)، وابن حنبل.

وقال (ش): إن أودع عندهم بغير إذن المالك، ضمن، إلا أن يستعين بهم، بحيث لا يغيب عينها عن عينه، قياسًا على الأجنبى، ونقض ما ذكرناه بما إذا أودع عند من شاء أن يودع عنده.

والجواب عن الأول: أنه علم بالعادة أن الوديعة لا يزيد فى حفظها على حفظ ماله، وهذه العادة مطردة فى العيال فى مال نفسه، بخلاف الأجنبى فإنه ليس معلومًا عادة، حتى يقضى بها.

والجواب عن الثانى: أن الذى عادته أن يودع عنده مشتغل بنفسه، ولم يأذن فيه المالك، وعياله آلة له كصندوقه، فما خرجت عنه بخلاف الأجنبى.

وفى النكت: لما كان العرف الدفع إلى هؤلاء بغير إشهاد، كان كشرط الدفع بغير إشهاد؛ كما يقول فى الرسول يشترط الدفع للمرسل إليه بغير بينة، ويحلف المودع عنده: أنه دفع لامرأته إذا أنكرت، وكان متهمًا، وإلا فلا يمين عليه، فإن نكل غرم، وله تحليف امرأته، فإن نكل، وهو معين، فلصاحب الوديعة تحليفها، كانت متهمة أم لا؛ لأنه يقوم مقام الزوج فى مطالبتها بالغريم، كغريم الغريم.

قال بعض الشيوخ: لو لم يكن شأنه الدفع لامرأته، أو أمته؛ لقرب عهده بالزواج، أو الشراء فى الأمة، أو لأنه لا يثق بهما فى ماله - ضمن؛ لتغريره، وظاهر

---

(١) فى ط: جيره.

الكتاب يقتضيه[(١)].

قال ابن يونس: يظهر أنه يحلف - كان متهمًا أم لا - إذا أنكرت امرأته؛ لأن ههنا من يدعى تكذيبه؛ كما إذا أنكرت أنت الدفع إليك وادعاه، فإنه يحلف، كان متهمًا أم لا، فإن حلف لكونه متهمًا فنكل، غرم، وضمنه أشهب فى وضعهما عند غيره، كان فى عياله أم لا.

قال صاحب البيان: قيل: قول أشهب ليس بخلاف، ومعناه: إذا كانت العادة: عدم الدفع للعيال، فكل واحد من ابن القاسم وأشهب تكلم على وجه، وإنما يختلفان إذا جهل العرف فى البلد، والأظهر: أن قول أشهب خلاف، فيحصل فى المسألة ثلاثة أقوال:

ثالثها: الفرق بين أن تكون العادة: الدفع أم لا.

ولو كان الرجل لا يدفع لأهله ماله، لضمن، فإن كان عادة الناس الدفع قولًا واحدًا.

الفرع الثانى: فى الكتاب: إذا أراد سفرًا، أو خاف عورة منزله، ولم يجدك حتى يوحيها إليك - أودعها ثقة، ولا يعرضها للتلف، ولا يضمن لك، إلا إن فعل لغير هذا الذى يعذر به، ولا يصدق فى إرادة السفر، وخوف عورة المنزل، حتى يعلم ذلك.

وإن أودعته فى السفر فأودعها فى السفر، ضمن؛ لدخولكما معًا فلا يغيراه.

ووافقنا (ش) فى أنه لا يسافر بها، وقال: يسلمها لوكيلها، أو الحاكم، أو ثقة فى البلد، فمهما أمكن ذلك، ضمن بالسفر، وإلا فلا.

وقال (ح)، وابن حنبل: له السفر بها إن كان السفر غير مخوف، ولم ينهه عن السفر؛ كما لو نقلها من بيت إلى بيت مثله غير مخوف.

وجوابها: أن السفر مظنة الهلاك؛ لقوله ﷺ: «المسافر ومتاعه على قَلَت إلا ما وقى الله»[(٢)].

---

(١) فى ط: يقضيه.

(٢) أخرجه السلفى فى أخبار أبى العلاء المعرى، قال النووى فى شرح المهذب: ليس هذا خبرًا عن النبى ﷺ وإنما هو من كلام بعضهم، قيل: إنه على بن أبى طالب. ينظر: تلخيص الحبير (٣/ ٢١١).

ولأنه إذا أودع عند غيره، ضمن؛ لأن العادة شهدت بأنك أذنت له بالحفظ بنفسه دون التوكيل، كذلك شهدت العادة أنك إنما أذنت فى الحضر دون السفر.

فائدة: القلت: الهلاك.

وفى النكت: إذا كان المنزل مسورًا، وأنت عالم به، فأودع لغيره ضمن؛ لدخولك على ذلك؛ كما إذا أودع فى السفر إلا أن يزداد العوار، أو يزداد خوفه كلصوص عاينتهم، فتدفع الوديعة لمن يهرب بها، ونحوها؛ لأنه غير ما دخلت عليه.

والفرق بين المودع لا يودع غيره، والملتقط يدفع اللقطة لمن هو فى مثل حاله يحفظها - وإن كان الجميع أمانة -: أن المودع رضى أمانته دون غيره، والملتقط لم يعلم فيكون له رضًا معتبر، بل مقصود بالحفظ فقط، والأول والثانى سواء فى هذا المقصود، وليسا مستويين فى مقصود المودع؛ فافترقا.

وفى الجواهر: إذا أودع عند غيره تعديًا، ثم ردها، برئ من الضمان بعد ذلك، كرده لما يتلف.

الفرع الثالث: إذا رد الوديعة، أو القراض مع رسوله، ضمن، إلا أن يكون أمره بذلك، ولو أودع عند غيره لغير عذر ثم ردها، لم يضمن؛ كرده لما تسلف منها، ووافقنا الأئمة فى أنه لا يودع لغيره إلا من عذر.

وعن (ح): الضمان على الأول.

وخيرك (ش) فى تضمين الأول والثانى؛ لأن الأول: متعد بالتفريط والمخالفة، والثانى: بوضع اليد.

ووافقنا (ح) فى البراءة من الضمان بالرد، وخالفنا (ش)، وابن حنبل؛ لأن عندهما بالضمان صار جانيًا، فسقطت أهليته للحفظ فلا يبرأ من الضمان إلا بالرد لك، أو لوكيلك.

لنا: أنه مأمور بالحفظ فى سائر الأزمان، فلا يسقط الإذن من الزمان الثانى، ولا يتغير حكمه؛ كما لو أفطر يومًا من رمضان، لا يسقط الأمر بصوم يأتيه، فكالوكيل يلبس الثوب الموكل على بيعه.

وأجابوا عن الأول: بأن أمر المودع مقيد بالعرف، فكأنه قال له: احفظ ما دمت أمينًا، بخلاف الصوم؛ فإن العادة: أن يستودع الأمين، فهو كالصوم المقيد

برمضان، لا يتعدى لغيره.

وعن الثانى: الوكالة تتضمن أمانة وتصرفًا، فإذا بطل أحدهما بقى الآخر.

الفرع الرابع: فى الكتاب: إذا جاء من يزعم أنك أرسلته لقبضها فصدقه، ودفع فضاعت، ضمن الدافع، ورجع على القابض منه.

قال اللخمى: ليس على المودع أن يسلم الوديعة بأمارة المودع، ولا بكتابه وإن اعترف أنه خطك، إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خطك؛ لأنك لو كنت حاضرًا، لم يكن لك أخذها حتى يشهد له ممن يريد من حقه الإبراء، قاله محمد.

والشهادة على القبض لا تبرئه إذا جحدت، إلا أن يعترف أنك وصيته بذلك فرضى به، فيلزمه ما رضى به.

فإن وصيت أن يدفعها إلى الرسول بغير أمارة ولا كتاب، والوديعة عين، وهو موسر - جاز رضاه بذلك، وأُلزم ذلك، فإن أنكرت ذلك، غرم المثل، فلا ضرر عليك.

وإن كانت عرضًا أو غير مثلى، أو عينًا، وهو معسر، امتنع رضاه، نفيًا لضررك، وإذا دفع بأمارة، أو كتاب من غير ثبت، بقول الرسول خاصة - فالقول قولك مع يمينك فى نفى ذلك، ويتخير بين إغرام الرسول، أو المودع، ولا يرجع الرسول عليه إن غرم، فإن أغرمت المودع: فعند ابن القاسم فى المدونة: يرجع على الرسول؛ لأنه قبض، ولم يثبت استحقاقه، ومنع أشهب؛ لأنه صدقه.

الفرع الخامس: قال صاحب البيان: يجب الإشهاد إذا استودعها عند غيره لضرورة، وهو ضامن، إلا أن تقوم بينة على أنه أودعها عند غيره، ويعلم السبب المقتضى لكونه يبيح له الإيداع عند الغير، فإذا علم السبب، فالقول قوله.

الفرع السادس: قال أشهب: إذا قلت: أودع مالى عندك، فقال لك: ادفعه لعبدى، فدفعته فاستهلكه العبد - هو فى ذمة العبد، وإن كان السيد غرَّك، ولا يكون ذلك فى ذمة العبد بإقراره، حتى تشهد بينة[1] باستهلاكه، قاله ابن عبد الحكم.

وقيل: يضمن السيد إذا غرك، على الخلاف، فالغرور بالقول، وإذا ضمن السيد، بيع ذلك العبد، وغيره من ماله.

---

(١) فى ط: بينته.

الفرع السابع: قال صاحب النوادر: إذا قلت للحاكم: أودعت هذا، وأمرنى المودع أن أسلمه لورثة فلان بأمرك:

قال سحنون: إذا ثبت عند الحاكم الورثة، كتب إليك: إنك ذكرت أن فلانًا أمرك بدفعه إلى ورثة فلان بأمرى، وإنى أمرتك أن تدفعها إليهم بعد أن ثبت عندى أنهم ورثة فلان.

الفرع الثامن: قال: قال محمد: إذا أودعت، ثم أقررت أنها لزيد الغائب، فلك قبضها ممن أودعتها عنده بالحكم، ولا يمنعك إقرارك قبضها فى غيبته؛ لأنك الذى أودعتها؛ لأنه لم يعلم إلا من قبلك، ولم يظهر تعديك، ولذلك ما أودعته عند سفرك من وديعة، أو ما وكلت عليه، لك قبض الثمن.

ولو قدم صاحب الوديعة فطلبها منك، وأنت مقر أن من أودعها عندك ذكر أنها لهذا الطالب، فلك منعه إلا بشاهدين على إقرار مودعها بذلك؛ لأنك لا تبرأ منه إن جحدك إلا بهذا أو يقوم شاهد معك فيقضى له السلطان بها، أو بشهادتك مع يمين طالبها، وإن لم يقض له بشىء ثم قدم الذى أودعكها وقد غاب ربها، فعليك دفعها إليه، وإن علمت أنها لغيره.

وكذلك لو كانت دارًا فدفعتها إليه فهدمها وأتلف بعضها، فلا ضمان عليك إن جاء ربها؛ لأنك غير متعد فى فعلك، وكذلك لو أقررت أنه أمرك بدفعها إليه، أو يرفع حوالة عليك.

السبب الثانى: نقل الوديعة:

وفى الكتاب: إذا خرج الوصى بالتركة إلى بلد الوارث؛ لأنه كتب إليه فلم يأتها [أحد ولا](١) خبر: ضمنها من حين خروجه بغير أمر الوارث.

وفى التنبيهات: خرج بعض الشيوخ الخلاف فى هذا من خلاف لأصبغ فى توجيه القاضى مال اليتيم فى كتاب ابن حبيب، ولمالك فى الموازية فى الأوصياء، فى المبضع تحدث له إقامة فيبعث بالمال لربه، ولا يضمن.

وفى المدونة ذلك - أيضًا - فى المستأمن يموت عندنا، ويترك مالًا.

وفى الجواهر: إذا نقل جرة الزيت فى بيته من موضع إلى موضع فانكسرت،

(١) سقط فى ط.

لا يضمن، بخلاف لو سقط عليها شيء من يده فانكسرت، أو رمى فى بيته شيئًا غيرها فأصابها، ضمن؛ لأنها جناية لم تتعمد.

قال أشهب: ولو سقطت من يده، لم يضمن.

سؤال: كما أذن له فى نقل الوديعة فى منزله، أذن له بالتصرف فى منزله بشيل متاعه فى يده فهلكت الوديعة فى الصورتين بأمر مأذون فيه، فَلِمَ يضمن فى أحدهما دون الآخر؟

جوابه: الإذن فى تحويلها فى أركان بيته من قبل صاحب المال، فاعتبر إذنه فى عدم تضمين ماله، وحمل متاعه فى بيته ليس من قبل رب المال، بل من قبل الشرع، وإنما يسقط الضمان إذن أرباب المال؛ لأن من فتح بابه فأتلف مالاً بذلك، ضمنه مع حصول الإذن الشرعى فى الفتح، ومن أكل ضيافة إنسان، لم يضمنها؛ لحصول إذن المالك، وأما نقل الوديعة من بلد إلى بلد فليس فيه إذن المالك ولا غيره، فلا جرم، ضمن، فهذه فروق هذه الفروع.

السبب الثالث: خلط الوديعة:

وفى الكتاب: إذا خلط الدراهم، فضاع الجميع، لم يضمن، أو بعضه، فما ضاع، ضمنه، وما بقى بينكما؛ لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه، ولو عرفت لكانت مصيبتها دراهم كل واحد منه، وكذلك الحنطة إذا خلطها بمثلها للاحتراز والفرق، أو بحنطة مخالفة لها، أو بشعير، ثم ضاع الجميع، ضمن؛ لأن هذا الخلط فوت، فإن فعل ذلك صبى فهى [فى][1] ماله، فإن لم يكن له مال، ففى ذمته، لك مثل حنطتك، وله مثل شعيره؛ لتعديه عليكما، ولك ترك الصبى، ومشاركته فى المختلط بقدر قيمة طعامكما بعد العلم بمكيلته؛ لأنه عين ماليكما، فلكما أخذه، وليس لأحد، كما أن يعطى الآخر مثل طعامه ويبقى له المخلوط؛ لأنه بيع، إلا أن يكون هو المتعدى؛ لأنه حينئذ قضى ما لزم، لا بيع.

فى التنبيهات: يريد بالاحتراز: خلطهما لفرق من جهة الكراء، وأضبط للحفظ، فإن خلط لغير هذا من بعد أو أخذهما لنفسه، ضمن، والطعام والدراهم فى هذا سواء.

---

(١) سقط فى ط.

وقوله: «لو عرفت الدراهم لكانت مصيبة كل واحد منه»، يدل على أنها مختلفة، وإن خلطها بالمخالفة، لا يضمن؛ لتمييزها، وكذلك يجب فى الدراهم بالدنانير، ومنع سحنون رضاكما بالشركة فى الحب المخلوط؛ كما يمتنع خلطكما لذلك ابتداء لغرض الشركة.

واختلف فى تفسير شركة الكتاب، ففسره سحنون بأنه يزيد بقيمة ما لكل واحد غير مخلوط؛ لأنه الذى طرأ عليه العدوان؛ لأنه الواقع فى المال المشترك.

وقيل: بقيمة القمح معيبًا فما خلطه به من الشعير مجردًا إذ لا يعيبه القمح، قاله سحنون.

قال: وتحقيق ذلك على مذهب ابن القاسم: إذا بيع المخلوط، اقتسما الثمن على قدر قيمة كل واحد منهما.

وقال أشهب: يشتركان بالكيل لا بالقيم؛ لأن كل واحد منهم بدل نصف طعامه بنصف طعام الآخر، والكيل سواء، ولم يجره على القيم؛ لأنه عنده كابتداء الشركة على خلط النوعين، وذلك لا يجوز.

وقال الأئمة: خلط المثلى إذا لم يتميز فوت كان بالجنس؛ كالحنطتين، أو بغير الجنس؛ كدهن الورد بالزيت، ومنع من الشركة؛ لتقرر ملك المودع على الجميع بالضمان.

وقال (ح): إذا اختلطت بماله بغير فعله، لم يضمن؛ لأن الاستبدال[1] ليس من جهته، وتعينت الشركة.

لنا: أن الملك يجب استصحابه بحسب الإمكان، والشركة إبقاء للملك الأول بحسب الإمكان.

قال ابن يونس: قال محمد: لا يجوز أن يقتسما الطعام بينهما على قيمة الطعامين، بخلاف الكيل؛ لأنه ليس ببيع، فينتقلان فى الأول عن كيل معلوم إلى قيمة مجهولة.

وأجازه ابن القاسم؛ لتعديهما فى قيمتهما بالخلط.

ولو كان المالك لهما جائز الأمر ليس بصبى، امتنع رضاكما بالقسمة؛ لأنه

---

(١) فى ط: الاستدلال.

يقول: لكما عليّ قمح، وشعير غير مختلط، فليس لكما أن تأخذا منى غير ما وجب عليّ، فلو ضمنه أحدكما مثل طعامه، وطلب الآخر الشركة، امتنع؛ لأن نصيب المضمون صار للمتعدى، فالمشارك يأخذ منه قمحًا، وشعيرًا عن قمح بغير رضا ربه.

وجوز أشهب: أن يعطى أحدهما مثل طعامه، ويأخذ جميع المخلوط من غير التعدى، ورضيا قبل أن يفترقا.

قال اللخمى: قال عبد الملك: إذا خلطهما بما يتميز، وهو قليل، لم يضمن، أو بعظيم حتى أشهر الوديعة، ضمن، قاله فى النقدين.

وإذا خلط القمح بمثله، ضمنه عبد الملك، خلافًا للمدونة؛ لأنه مما تختلف فيه الأغراض، فعند بعض الناس، هو غير مثله.

وقد منع ابن القاسم الشريك فى الطعام من مقاسمة من ثمنه حتى يقاسمه السلطان، وقسمة الصبرة الواحدة أقل اختلافًا فى الأغراض من خلط الطعامين، ومعلوم من الناس كراهة خلط زيت أحدهما بزيت غيره، وقمحه بقمحه.

وإن كان المودع غير مأمون، فَأَبْيَن؛ لاتهامه فى الخلط بالدون فى اعتقاده، وإذا خلط الطعام، أو الدراهم بمثلها فضاع بعض ذلك، فهما شريكان فى الباقى على قدر ما لهما.

ويتفق مالك، وابن القاسم فى هذا، وكذلك مسألته[1]؛ لأنهما كانا شريكين قبل الطعام فيكون الضياع بينهما؛ كما لو كان صاحب الوديعة هو المشارك له فيها، وكذلك مسألة الدينار يختلط بدينار لغيرك، لو نظر إلى الذى اختلط فيها قبل الضياع فلم يوجد، ثم ضاع منها شىء، اشتركا فى جميعهما على قدر مال كل واحد منهما على القولين جميعًا، وإذا ضمن أحدهما المتعدى وطلب الآخر البقاء على الشركة، جاز - على قول أشهب - إذا كان المضمن هو صاحب الشعير؛ لأن صاحب القمح يكون شريكًا بقفيز قمح معيب.

ولو أنه صاحب القمح لم يكن لصاحب الشعير المشاركة بالنصف؛ لأنه يأخذ الفضل من حقه، إلا أن يرضى بذلك المتعدى، ويجوز على رأى ابن القاسم،

---

(١) فى ط: مسألة.

وأطلقا[١] أيهما ضمن؛ لأن الشركة على القيم، وعليه يقتسمان الثمن بجعلهما إذا رفعا العداء، كاختلافهما بأمر من الله، وكأنهما لم يختارا تضمينه قط، كخلط الريح، أو الدابة له، فالشركة على القيم، القمح معيب والشعير غير معيب، وتمتنع قسمته على القيم؛ لأنه ربا.

ولو سقط ثوب في صبغ صباغ، وقيمة الثوب ديناران، وقيمة الصبغ دينار، خيرتما في الشركة فيه على الثلث، والثلثين، أو بقي كل واحد منكما على ملكه، فإذا بيع، اقتسمتا على قيمته[٢] يوم البيع، وإن نقص البيع، أو نزل السوق يوم البيع، اشتركتما بقيمته يوم البيع.

وقال أشهب في الطعامين: إنكما ملكتما التضمين، فإنما تأخذان ذلك عن الواجب في ذمة المتعدى، فلا يجوز إلا على التساوى؛ كما لو كان ذلك لكما في ذمته، من غير تعدد، فإن أردتما بيعه، جاز؛ لأن[٣] بيع نصف قفيز قمح بنصف قفيز شعير جائز، ولم يجبر أحدكما على تسليم جميعه، ويأخذ مثل نصيبه لئلا يباع عليه ملكه جبرًا.

وفي النوادر: قال عبد الملك: إذا أودعت عنده ثلاثة دنانير، وآخر دينارين، وآخر دينارًا، فخلطها، وذهب منها دينار - فلك من الخمسة الباقية ثلاثة إلا ربع، ولصاحب الاثنين اثنان إلا ربع، وللآخر نصف دينار؛ لأنه لا يدعى من الخمسة إلا دينارًا فيعزل، وتبقى أربعة فيدعى منها صاحب الاثنين اثنين فيعزلان، فتبقى اثنان لا يدعيهما إلا صاحب الثلاثة فيأخذهما، ثم يرجع إلى الثلاثة المعزولة فتجد صاحب الدينار لا يدعى منها إلا دينارًا فيعزل، ويبقى اثنان، فيقال لصاحب الثلاثة الذى أخذ الاثنين: إنك لا تدعى في هذه إلا دينارًا: فيعزل، ويبقى دينار لا يدعيه إلا صاحب الاثنين فيأخذه ثم يرجع إلى الدينارين المعزولين، فصاحب الدينارين لا يدعى فيهما إلا دينارًا، ويبقى دينار، فيقسم بين صاحب الثلاثة وصاحب الاثنين نصفين؛ لأن كل واحد يدعى جميعه، ويبقى الدينار، فيقسم بينهم: لصاحب الدينار نصفه؛ لأنه يدعيه، وللآخرين نصفه؛ لأنهما يدعيان الكل، وقاله ابن القاسم.

---

(١) في ط: وطلقا.
(٢) في ط: قيمة
(٣) في ط لأنه.

وقال مالك: إن الدينار التالف يقسم بينهم على الأجزاء: على صاحب الثلاثة: ثلاثة أجزاء، وعلى صاحب الاثنين: جزءان، وأخذ بكل قول جماعة من الأصحاب والعلماء، هذا كله إذا لم يعرف الدينار، أما لو عرف فمصيبته من صاحبه.

السبب الرابع: الانتفاع بالوديعة:

وفى الكتاب: إذا استهلك بعض المثلى، ثم هلكت بقيته، لم يضمن إلا ما استهلك أولًا؛ لأنه الذى طرأ عليه العدوان، ولو رده، لم يضمنه، ويصدق فى رده؛ كما يصدق فى ردها إليك، وكذلك لو تسلف جميعه، ثم رد مثله مكانه، وكذلك لو أخذه على غير وجه السلف، لم يضمن إن هلك بعد ذلك، بخلاف إبلاء الثوب، ويرد مثله للزوم القيمة له بالاستهلاك.

وفى التنبيهات: لم يبين غير السلف، أهو عدوان، أم لا؟

وظاهره: أن الكل سواء؛ لأنه لزم ذمته فأخرجه عن ذمته للأمانة كما كانت قبل.

وقيل: لعل معناه: إذا لم يعلم قصد التعدى، ولو علم قصد الأخذ بنية الرد، لضمن على كل حال، ولو ردها بنية؛ لخروجه عن الأمانة للغصب بالتعدى.

وقال (ش): متى حل خيط الخريطة، أو فتح الصندوق الذى أودعته فيه، ضمن؛ لهتكه حرز الوديعة من غير عدل، ووافقه ابن حنبل.

وضمنه (ح) الخيط دون المربوط؛ لأنه تعدى عليه، دون ما فى الكيس، أو الصندوق.

وعند الأئمة: إذا كانت الدراهم غير مربوطة، ضمن المأخوذ، دون الباقى، ولا يضمن بنية العدوان عند الأئمة؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللهَ تَجَاوَزَ لأُمَّتِى مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا مَا لَمْ تَعْمَلْ بِهِ، أَوْ تَتَكَلَّمْ»[1] ضمنه شريح؛ قياسًا على نية الملتقط التملك؟

وجوابه: أن الملتقط إن نوى ابتداء[2]؛ ضمن؛ لتعديه بالفعل الحرام مع النية، أو انتهاء، لم يضمن كمسألتنا، ولا يبرأ برد ما ضمنه إلى الوديعة عند الأئمة فى

---

(١) أخرجه البخارى (٥/ ١٩٠) كتاب العتق: باب الخطأ والنسيان فى العتاقة والطلاق فى الإغلاق (٥٢٦٩)، وفى (١١/ ٥٥٧) كتاب الأيمان والنذور: باب إذا حنث ناسيًا (٦٦٦٤)، وأخرجه مسلم (١/ ١١٦ - ١١٧) كتاب الإيمان: باب تجاوز الله عن حديث النفس (٢٠١/ ١٢٧) (٢٠٢/ ١٢٧) من حديث أبى هريرة.

(٢) فى ط: ابتدات.

المثليات، ويضمن الجميع عندهم إذ لم يتميز المردود عما بقى من الوديعة؛ لأن المردود ماله، وخلط الوديعة بما لا يتميز يوجب الضمان، وإذا رد الدابة بعد الركوب، أو الثوب بعد اللبس، برئ من الضمان، عند الأئمة.

قال الطرطوشى: روى عن مالك: يبرأ، كانت الوديعة منشورة، أو مصرورة، وعنده لا يبرأ مطلقًا؛ لأنه دين ثبت فى ذمته، وبه أخذ المدنيون، والروايتان فى المثلى، لا فى القيمى فلا يبرأ إذا أراد صفقته قولًا واحدًا، أما إذا رد الدابة بعينها بعد التعدى بالركوب، خيرك مالك بين تضمينه قيمته أو كراءها، فإن أخذت الكراء فهى فى ضمانك، أو القيمة ففى ضمانه.

وضمنه القاضى أبو الحسن بالاستعمال، ولم يسقط الضمان بالرد؛ لأنه صار غاصبًا، والغاصب لا يبرأ بالرد إلا للمالك، أو وكيله، أو الحاكم إن غاب المالك، وإذا قلنا: يبرأ برد مال مثلى، فهو يصدق فى الرد.

قال مالك: لا يبرأ إلا ببينة.

وعن ابن القاسم: يبرأ بغير بينة، ويصدق؛ استصحابًا للأمانة.

وفى الموازية: إن تسلفها ببينة، لا يبرأ إلا ببينة، وإلا صدق، وإذا قلنا: يقبل قوله، ظاهر المدونة: لا يمين عليه.

وقال أشهب: يحلف، وكل هذا إذا تسلفها بغير إذن صاحبها، أما إذا قال له: تسلف منها إن شئت:

قال ابن شعبان: لا يبرأ إلا بالرد إليك؛ كسائر الديون، وإذا تلف الباقى قبل رد المتسلف:

ففى الموازية: لا يضمنه؛ لبقائه على الأمانة، وأما نفس الإقدام على التسلف: ففى المدونة: يكره.

وعن مالك: إن كان له وفاء وأشهد على ذلك، لا بأس به، وعند المنع هذا فى الدنانير، والدراهم التى لا تتعين، وأما غير المثلى، قال: فلا شبهة فى المنع، والمثلى كالمكيل الموزون، والمعدود، قال: [ولم يظهر][1] عندى تحريمها، وعلى القول ببراءته برد مثل ذلك يباح.

---

(١) فى ط: فلا ظهر.

وفى الجواهر: قال عبد الملك: إن كانت الوديعة مربوطة، أو مختومة، لا يبرأ بردها، وإن تلف بعضها، ضمن جميعها؛ لتعديه فى حلها، وكذلك لو أخذ الدراهم، ليصرفها فى حاجته، ضمن، والمكيل، والموزون الذى يكثر الاختلاف فيه كالطعام: هل يلحق النقدين فيكره تسلفه على المشهور، أو بالعروض التى يحرم تسلفها؟ قولان.

ولو كان معدمًا، حرم السلف مطلقًا.

قال اللخمى: فى الدنانير والدراهم ثلاثة أقوال:

المنع فى المدونة.

والكراهية فى العتبية.

وتفرقة عبد الملك.

قال: وأرى: إن علم أن مالكها لا يكره ذلك لرد أو غيره، جاز، وإن علم منه الكراهية، امتنع؛ لأنه لو صرح بالمنع عند الدفع لم يختلف فى المنع، وإن أشكل أمره.

وظاهر المدونة: أن القمح، والشعير ونحوه، مما لا يختلف فيه الأغراض.

وعند (ش): إذا جحد ثم أقر، أو جنى عليها عمدًا فاندمل الجرح - لم يعد أمينًا، وإن كانت الجناية خطأ، فله فى تضمين الجملة وجهان، ولو استأجر أجيرًا لحفظ متاعه شهرًا فترك الحفظ يومًا، صار ضامنًا، ولا يعد أمينًا.

وكذلك لو وكله فى بيع ماله فباع بالأقل، فلا ينعقد، وإن سلم، ضمن.

واتفق مالك، و (ش)، و (ح): على أنه إذا جحد ثم أقر لا يكون أمينًا.

ومنع (ش) من إنفاق الوديعة مطلقًا.

ومنشأ الخلاف فى سقوط الضمان بالرد: أن عقد الوديعة هل ينفسخ بالخلاف القولى أم لا؟ والخلاف القولى الجحود، لا جرم حصل الاتفاق فيه.

ومدرك الآخر: هو أن الأمر هل يقتضى التكرار أم لا؟ فإن[1] خان عاد الأمر السابق بعد ذلك؟

احتجوا بالقياس على الجحود؛ لأن الأمانة خصلة واحدة لا تتبعض، فإذا خان

---

(١) فى ط: فإذا.

فقد بطلت، وإذا تجدد ما يضاد جملة مقتضى العقد، انفسخ؛ كما ينفسخ النكاح بالرضاع، والردة.

ولأنه عقد يبطل بالقول، فيبطل بالفعل؛ كالإيمان بالتصريح بالشرك، وبالسجود للصنم، وكذلك الصلاة تبطل بالكلام والحدث، وعقد الذمة يبطل بالتصريح بنقض العهد، ومحاربة المسلمين مع العدو.

ويوضحه: أن عقد الوديعة على المكلف كعقد الذمة، والأفعال فى دفع العقود أعم من الأقوال؛ لبطلان الصوم بالفعل دون القول؛ لأنه محسوس، لا مرد له، وكذلك يترتب أثر الفعل من غير المكلف دون القول، كأفعال المجنون، والسفيه، وتملكه بالاحتطاب، والاصطياد، دون البيع، والعقود القولية، بل يشترط لها التكليف، ونفوذ التصرف بالرشد، فلا ينفذ عتق السفيه، والصوم لا يعود بعد الأكل، فكذلك الأمانة لا تعود بعد الخيانة.

ولأن الأمانة - وإن أطلقت - فهى مقيدة بالعادية بشرط البقاء على الأمانة، كما تتقيد الوكالة على شراء الثلج والقمح بالشتاء بتلك الأمانة[1] والإجارة المطلقة تتقيد بالمراحل المعلومة.

ولأنه عقد جائز مقيد لمحل مخصوص، فيرتفع بالمخالفة؛ كالعارية إذا تجاوز المستعير الغاية بشىء؛ فإن مالكًا قال: يضمن ولو ردها بحالها.

والجواب عن الأول: أن الجاحد إن جحد أصل الإيداع بأن قال: ما أودعتنى شيئًا، فقد أنكر أصل الأمر، فيضمن، وإن قال: ما لك عندى وديعة، ثم أقر، عاد أمينًا؛ لأنه اعترف به، وادعى زواله فلم يرتفع؛ كما لو ادعى عليه عشرة من بيع، فقال: ما بايعتك قط، فلما قامت البينة، قال: قضيتها - لم ينفعه، ويغرم من غير تحليف خصمه، ولو قال: ما لك عندى شىء، ثم أقر، وقال: قضيتك، صح، وله توجيه دعواه وتحليف خصمه.

والمودع ههنا معترف بأصل الإيداع فلا ينتظم القياس.

عن الثانى: أنها لو سرقت، أو ضاعت من غير تقصير ثم ظفر بها، أو سقطت من يده، ثم أخذها، عادت الأمانة والحفظ، فهذا حفظ جديد، وما افتقر إلى إذن جديد.

---

(١) فى ط: الآن منه.

ثم الفرق بينها وبين الرضاع: أنه سبب يستمر، وهو كونه صار أخاها، والسبب ههنا زال، وهو العدوان.

وأما الردة: فجناية كفر أوجبت حبوط الأعمال؛ لعظم مفسدتها، فحبط عقد النكاح، ومفسدة الجناية والإنفاق دون الكفر فلا تلحق بها، بل اعتراض ذلك فى خلال الأمانة - كالإحرام، والصوم، والحيض - لا يمنع النجاح، مع منعه لمقتضاه، وشراء القريب لا يمنع الملك مع منعه لمقتضاه.

عن الثالث: أن السجود للصنم حجة عليكم، فإنه إذا رجع عنه، عاد مؤمنًا، فيعود ههنا إذا رجع عن إبقائها فى ذمته، وبطلان الصلاة بالحدث؛ لأن دوام الطهارة شرط، وقد بطل، وانتقاء الشرط يوجب انتقاء المشروط، وكون دوام الأمانة ههنا شرطًا - محل النزاع.

فإن قلت: وجب أن يكون الدوام اشترط؛ قياسًا على الصلاة.

قلت: إيقاع الطهارة فى أثناء الصلاة مخل بوظيفة أخرى شرعية، وهى وجوب الموالاة فى الصلاة، [وهو] واجب إجماعًا؛ لوقوفه بين يدى الله - تعالى - فلا ينقص إلا وقد وفى بما يتعين عليه من أمر ربه، فعظمة الصلاة[1]، ومناجاة رب الأرباب منفى فى حفظ الوديعة.

بل نقول: النقل للذمة عارض عرض الأمانة، فوجب أن يعود بعده؛ كالسهو فى الصلاة يطرأ بعده التذكر، والائتمام يطرأ بعده بطلان الإمامة، لحدث، أو غيره، فيصلى منفردًا.

وأما عقد الذمة: فلأن الأصل: قتل الكافر، ومعاهدته على خلاف الدليل، والأمانة ههنا على وفق الدليل؛ لأن الأصل: عدم الضمان، فافترقا.

وأما الصوم فحجة عليكم، فإن إفساد أول يوم لا يقتضى إفساد ما بعده، ويستحب الأمر بالصوم بعد ذلك، وإنما لم يعد الصوم فى اليوم الواحد؛ لأن حكمة الصوم إيثار الله - تعالى - بحظ النفس من شهوتى البطن والفرج، ولا يتغير الإيثار إلا بالترك فى جملة اليوم؛ لأن الإنسان لا بد له من تميز صوم من الترك فى بعض اليوم.

---

(١) فى ط: للصلاة.

وحكمة الأمانة: الحفظ، وهى حاصلة بعد الرد.

وأما الإحبال من السفيه فكونه ينفذ دون عتقه؛ فلأن رد العتق لا يلزم منه مفسدة، بل يعود الأمر كما كان، وفى الإحبال لو أبطلناه قضينا ببيع ولده المخلوق من مائه، وبيع الأولاد مفسدة، وإذا قضينا بأنه ولده ومنعنا بيعه، قضينا بأن والدته أم ولد بالضرورة، فإنه أمر محسوس، وصار لها اختلاط مائها، ودم طمثها مع مائه، ويخلق من الجميع ولد، وهذه أمور لها حرمات، والعتق ليس فيه إلا أصوات مقطعة لا حرمة لها، فافترقا.

وملك السفيه بالأسباب الفعلية دون القولية إنما كان ذلك؛ لأنها ترد على أعيان مباحة، لا مفسدة فى دخولها فى ملكه.

وأما بالعقود، فدخولها يكون ببدل الأعيان، وهى تتوقع فيها الغبن، فمنع الشرع من صحتها؛ سدًا لذريعة الغبن.

عن الرابع: أن تقييدها بالبقاء على الأمانة كتقييد رمضان بالبقاء على الطهارة من الحيض، وكما أن الصوم يبطل بطريان الحيض، ثم يعود بالطهارة منه، كذلك تعود الأمانة؛ قياسًا عليه.

والوكالة تتضمن تصرفًا وفعلًا، فإذا بطلت الأمانة بقى التصرف، فيصح بيعه بعد الجحود.

وأما الإجارة: فقد سوى الشرع فيها بين الخلاف الفعلىّ والقولىّ، فلا يرتفع بالجحود، ولا بدعوى الأداء، ولا بالمخالفة فى العمل، ثم هى عقد لازم فيناسب البطلان عند المخالفة؛ نفيًا للضرر، ولا ضرر مع جواز العقد؛ لتمكنه من الفسخ.

عن الخامس: أن يد المودع يد المالك، ويد المستعير ليست يد المالك؛ لأنه لم يشتبه فى الحفظ، فإذا أكثر البعد فقد فوتها أسواقها، فيضمن، وثم يتأكد ما قلناه: إن الأصل فى الحكم انتفاؤه؛ لانتفاء علته، وقد زال التعدى فيزول الضمان وكالمحرم إذا رد الصيد للحرم وكما لو استعمل العبد فيما يعطب فى مثله ثم تركه، برئ من الضمان، وكما لو رهن عصيرًا فصار خمرًا، سقطت الرهينة.

أو نقول: عقد الإيداع، فإذا رجع خلًا رجع.

أو نقول: عقد الإيداع لم يطرأ عليه ما يضاده، فلا يبطل؛ لأنه مشتمل على أهلية

الآمر، وأهلية المأمور، وقبول المحل، والثلاثة باقية، وإنما نفت الجناية موجب العقد - وهو الحفظ - وموجب العقد قد يتأخر عن العقد، كتأخر الملك عن عقد البيع فى بيع الخيار، والوكيل على البيع إذا خالف ثم عاد، والأجير على الحفظ إذا ضيع ثم عاد، وخرج على هذا الجحود؛ لأنه رفع العقد من أصله. ولنا فى جواز التسلف: ما روى أن ابن عمر - رضى الله عنهما - وعائشة - رضى الله عنها - وغيرهم كانوا يستسلفون أموال اليتامى الذين فى حجورهم.

ولأن مقصود الوديعة أتم مراتب الحفظ، ولهذا آثر المودع حفظ غيره على حفظ نفسه، والحفظ فى الذمة مع اليسار أبلغ من الحفظ تحت اليد لاستحالة آفات الفساد فى الأول على الوديعة دون الثانى، فهو كما إذا نقلها إلى حرز أحصن.

تفريع: قال صاحب المقدمات: الدافع ما ثبت فى ذمته: إما أن يدفع لذمة، أو لأمانة، فلا يبرأ إلا بتصديق القابض إذا ادعى التلف، ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع، أو يأتى قابض المال بالمال، وهذا الوجه متفق عليه.

وإن دفع إلى ذمة وهى قائمة، برئ بتصديق القابض اتفاقًا، أو خربة، لا يبرأ بتصديقه إذا ادعى التلف، إلا أن يقيم بينة على الدفع.

فالدفع أربعة أقسام:

من ذمة إلى ذمة.

ومن أمانة إلى أمانة.

ومن أمانة إلى ذمة.

ومن ذمة إلى أمانة.

والأول كمن يبعث إليك بما ثبت فى ذمته مع غيره، بأن يكون سلفًا عنده حتى يوصله إليك.

والثانى، كمن يودع عند رجل لك.

نظائر: قال العبدى: خروج الدين من الذمة إلى الأمانة فيه ثمانى مسائل:

إذا أنفق الوديعة، ثم قال: رددتها، ثلاثة أقوال:

ثالثها: يصدق إن شهدت له البينة.

وإذا عزل عشر زرعه فى بيته فضاع، فهو ضامن إلا ببينة.

وقال المخزومى: لا يضمن.

وإذا قلت له: كِلْ لى طعام السلم فى غرائرك، أو بيتك ثم قال: فعلت، ثم ضاع، فهو ضامن، إلا ببينة عند ابن القاسم.

وإذا أمرته أن ينفق على مرمة دارك من الكراء، فقال: فعلت - صدق، إذا ظهر من البنيان ما يصدقه، وإلا فلا.

وقال غيره: لا يصدقه إلا البينة.

وإذا استأجرته على تبليغ كتاب، فقال: فعلت، صدقه ابن القاسم، وكذبه غيره.

وإذا بعته سلعة بثمن على أن يتجر به سنة، جاز، إذا أخرجه من ذمته ببينة.

وقيل: بغير بينة.

وإذا قلت: اشتر لى بالدين الذى لى عليك عبدًا فقال: أبق، صدقه ابن القاسم.

وإذا قلت: اعمل لى بالدين الذى لى عندك قراضًا، امتنع؛ لأنه إخراج الدين إلى الأمانة، وجوزه أشهب.

قال ابن يونس: وجه قول ابن القاسم: يقبل قوله فى الرد؛ لأنه أخذ بتأويل أن يرد، فلم يخرجه ذلك من الأمانة، فيقبل قوله.

وإذا حلها ثم تسلف، ورد، ضمنها كلها، وكذلك لو لم يتسلف؛ لتعديه بالحل.

وقال ابن القاسم، وأشهب: المنثورة والمصرورة سواء.

قال: والأول أحب إلىّ؛ لأن حل الصرار يوجب التلف.

قال اللخمى: قوله فى الكتاب: «إذا أخذها على غير وجه السلف، ثم ردها برئ»: يحمل على أنه لم يعلم منه أنه قصد أكلها، فيصدق فى ردها، ولا يؤخذ بغير ما أقر به، ولو علم تعديه، لم يبرأ إلا بردها لصاحبها، أشهد على ردها أم لا؛ لأنه أخرج نفسه من الأمانة بأخذها على غير وجه السلف، وله أن يخرج الوديعة من ذمته إذا تسلفها، وهى بخلاف العرض، سواء وقف القيمة، أو المثل، فلك أن تقول: لم آمنك على القيمة، ويقول فى المثل: لى ألا أجيز سلفك، وأخذك بالقيمة، وأجازه فى المدونة فى المثلى؛ كالقمح، وليس بالبين؛ لاختلاف الأغراض فيه، وليس له أن يحكم لنفسه أن هذا مثل الأول إلا أن تشهد بينة على صفة الأول، وعلى يده، وأنه مثل، فقد يستحق هذا.

وفى هذا السبب ستة فروع:

الفرع الأول: قال ابن يونس: قال محمد: إذا أقر بركوب الدابة، ولباس الثوب،

وهلك، فقلت: هلك قبل الرد، وقال: بعد - فهو مصدق مع يمينه، إن أقر بالعقل؛ لأن الأصل: عدم العدوان، وإن أنكر، وقامت بينة، فلا يصدق فى الرد إلا ببينة؛ لقوة التهمة بالإنكار.

وقال ابن سحنون: ضمن بالركوب؛ لأنه عدوان.

وإن قال: ركبتها بإذنك، وأنكرت، صدقت مع يمينك؛ لأن الأصل: عدم الإذن، ولو شهدت بينة أنه نزل عنها سالمة ثم هلكت، برئ من ضمانها.

وقيل: هو ضامن حتى ينزل بها بحالها.

قال: وهذه الأقوال فى الثوب، والدابة على الخلاف فى رد ما تسلف من الوديعة.

وقال (ش): يضمن إذا لبس، أو ركب، ثم رد؛ لأنه صار غاصبًا، والغاصب لا يبرأ إلا بالرد إليك.

وقال (ح): يبرأ بعود الحال على ما كان عليه.

الفرع الثانى: فى الكتاب: إذا أودعته أمة فوطئها، حد؛ لعدم الشبهة، والولد عبد.

الفرع الثالث: قال: إذا اتجر فى المال، فالربح له، وليس عليه التصدق به؛ لأنه ضمنه بالتصرف، وتركه التجارة بالوديعة.

وفى النكت: يأخذ الربح بخلاف المضارب، والمبضع معه.

والفرق: أن المال دفع لهما للربح فلا يحصلاه لأنفسهما، والذى أودع لم يقصد الربح بل الحفظ فقط.

الفرع الرابع: قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا علم أنه ينفق من الوديعة فوجد بعد موته على كيس: هذه وديعة فلان، وعدتها كذا، فوجدتها أقل، إن ثبت أن ذلك خطه بالبينة فالنقص فى ماله، ولا أحلف الوارث: أنه لا يعلم شيئًا من ذلك، ولا شىء عليه.

قال أصبغ: وكذلك لو وجد عليها خط مالكها أنها له، يقضى له بها.

وقال ابن دحون: لا يقضى له بها؛ لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له وكتب عليها اسمه، ولا خلاف أنه لا يقضى له إذا لم يدر من كتب، ولا فى أنه يقضى له إذا وجد عليها خط الميت.

الفرع الخامس: قال: قال ابن القاسم: إذا أودعته سيفًا، فقاتل به ابنه، فكسره، وقيمته يوم انكسر مخالفة ليوم الوديعة، وقد ضمنته يوم الوديعة - فعليه قيمته يوم الوديعة، إلا أن تكون قيمته يوم العدوان أكثر.

وقال أصبغ: إن كان إنما ضمن قيمته يوم الاستيداع، فليس عليه غيرها، والفضل على الابن لو ضمن السيف، فعليه أكثر القيمتين، وهو معنى قول ابن القاسم.

قال: وهو بعيد، والذى يوجبه النظر: أن عليه قيمته يوم قبضه على الضمان، إلا أن يعلم قيمته يوم تعدى عليه الابن؛ ليكون ذلك عليه، كان أقل أو أكثر، ويرجع بذلك على الابن، وإنما يلزمه أكثر القيمتين إذا لم يعلم قيمته يوم تعدى الابن إن كانت أقل، لم يصدق، أو ادعى أنها أكثر، فهو مقر على نفسه، وهو أبين.

الفرع السادس: قال صاحب النوادر: قال مالك: إن اشترى بها جارية فحملت منه، اتبع بها ذمته.

قال محمد: ولو كانت طعامًا، أو سلعة فباعها بثمن، أو ابتاع بها جارية، أو سلعة، فلمالك الوديعة أخذ قيمتها من ثمن أو غيره، ويأخذ الأمة وقيمة الولد، أو قيمتها فقط.

ولو كانت الوديعة أو البضاعة عرضًا، فله أخذ الثمن، أو قيمته يوم التعدى، وله فى المثلى أخذ الثمن. أو تضمين المثل.

ولو باع المشترى السلعة باعها بأكثر مما اشتراها به، وله إجازته بيع المشترى، وأخذ الثمن، ويرجع على بائعه بالثمن، أو يبيع المستودع، أو المبضع معه بالثمن الذى باع به، أو القيمة يوم التعدى، ولو كانت دنانير فصرفها بدراهم لنفسه، فليس لك إلا ما كان لك، إلا ما صرف به إلا برضا المودع؛ لأن الخيار لا يدخل فى الصرف، فلا يجبرك، وإن صرفها لك، امتنع أخذك لما صرف، وإن رضيتما بذلك، ولكن تصرف هذه الدراهم بمثل دنانيرك، فما كان من فضل، فلك، وتضمن النقص.

بخلاف المتعدى فى العروض التى تكون أنت مخيرًا فى المتعدى عليه؛ لامتناع الخيار فى الصرف، وإن باع العرض بثمن إلى أجل، وإن لم يفت من يد المبتاع، فلك الرضا بالثمن؛ لأنه فضولى، أو يقبل الخيار فى العرض، وإن فات، امتنع الرضا بذلك الدين؛ لأنه فسخ ما وجب لك من الدين فى دين، ولكن يباع ذلك

الدين بعرض، ثم يباع العرض بعين، فإن كان أقل من قيمة السلعة، ضمنه المتعدى، أو أكثر، فلك.

ولو باعها بطعام إلى أجل، أغرمت المتعدى القيمة وإذا قبض الطعام، بيع لامتناع بيع الطعام قبل قبضه، ثم كان الفضل لك، وإن باع الدابة بعشرة، ثم اشتراها بخمسة، فلك أخذ الدابة، ثم تنظر له، فإن كان اشتراها لنفسه، فالخمسة الفاضلة له؛ لأنها بعد الضمان، وكذلك إن اشتراها لمن أمره بشرائها، فإن كنت رضيت بيع المتعدى، فليس لك إلا العشرة، فتصير كالمتعدى على عين اشترى بها سلعة، فلا خيار لرب العين فيه.

يريد: وإن لم يرض ببيع المتعدى، أخذت حمارك فقط.

وإن كان إنما اشتراه ليرده عليك، فيفضل الثمن لك مع الحمار، ولك أخذ العشرة، وترك الحمار.

قال مطرف: ولو باع العرض الذى أخذه فى الوديعة بدنانير، فلك أخذ قيمة السلعة المأخوذة فى الوديعة، أو قيمة السلعة المودعة فى فوقهما، أو الثمن مأخوذ فى الأخيرة؛ لأنه بيع فضولى وليس بصرف، فيقبل الخيار، وكذلك إن لم يفوقا، ولو ابتاع بالدنانير الآخرة سلعة، فلك أخذها بتنفيذ البيع، وقاله مالك، وابن القاسم.

السبب الخامس:

قال مطرف: المخالفة فى كيفية الحفظ.

قال ابن يونس: قال مطرف: قال ابن عبد الحكم: إذا قلت له: لا تقفل عليها فى تابوتك، فقفل فتلفت، ضمن؛ لأن القفل يبعث السارق على الأخذ.

وقال (ش)، وابن حنبل: لا يضمن؛ لأنه زاده فى الحفظ.

وقالا: إذا انتقلها من الحرز الذى عينته له ضمن، إلا أن يحولها لحريق، أو نحوه، وإن لم يحجر عليه، فله النقل، وكذلك قالا فى الخرائط إن عينت له خريطة، ضمن بالتحويل لغيرها؛ لأنه كالوكيل عندهما على شىء معين فى محل معين، فإخراجه منه عدوان.

وقال (ح): لا يضمن؛ كما لو قال له: اجعلها فى يمينك فجعلها فى شماله، أو فى يمين البيت فجعلها فى شماله.

ولو قلت: اجعلها فى التابوت، ولم تزد على ذلك، لم يضمن اتفاقًا، ولو قلت: قفلًا فقفل قفلين لم يضمن؛ لأن السارق يطمع فيما قفل بقفل، وبقفلين؛ لأنه خلاف العادة، فيشتد حرصه فيتعين الضمان.

ولو قلت: فى قدر فخار، فجعلها فى قدر نحاس، فضاعت؛ لأن الميل إلى سطل النحاس أكثر، ولو قلت: فى قلة نحاس، لم يضمن بقلة الفخار؛ لأنه لم يعين عليها.

وفى الجواهر: لو قلت له: اربط الدراهم فى كمك، فأخذها فى يده، فأخذها غاصب من يده، لم يضمن؛ لأن اليد أحرز ههنا، إلا أن تكون أردت إخفاءها عن عين الغاصب فرآها لما تركها، فيضمن، ولو جعلها فى جيب قميصه فضاعت، ضمنه الشيخ أبو إسحاق.

وقيل: لا يضمن.

والأول أحوط.

قال صاحب المقدمات: لو كانت فى داره، فأخذها فى كمه يظنها دراهمه فسقطت، ضمنها.

وقال التونسى: ينبغى أن يختلف فى التضمين بالنسيان؛ لاختلافهم فى ادعاء الرجلين الوديعة، وينسى من دفعها إليك منهما: فقيل: يحلفان، ويقسمانها، ولا ضمان عليك.

وقيل: يضمن كل واحد منهما لنسيانه.

وفى الزاهى: لو جعلها فى قميصه، ضمن.

وقيل: لا يضمن.

والأول أحوط.

وفى الحديث: «فَانْجَابَتْ عَنِ الْمَدِينَةِ انْجِيابَ الثَّوْبِ»[1]، أى: خرجت عن المدينة كما خرج الجيب عن الثوب، وما خرج عن الحرز ليس بحرز، والعادة: عدم دفع الودائع فى الجيب، فهو معرض لتلف ما فيه.

السبب السادس: التضييع والإتلاف:

وفى الجواهر: ذلك بإلقائها فى مضيعة، أو يدل عليها سارقًا، أو يشيع به إلى من

---

(١) تقدم.

يصادره - فيضمن، ولو ضيع بالنسيان، فإن تركها فى موضع إيداعها، ضمن.

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة:

الإتلاف، والتسبب له، ووضع اليد العادية.

وفى هذا السبب ثمانية فروع:

الفرع الأول: فى الكتاب: إذا أتلفها ابنه الصغير، ففى مال الابن؛ لأنها جنايته[١]، وإن لم يكن له مال ففى ذمته، أو عبده فجناية فى رقبته يفديه بها، أو يسلمه؛ لأن العبد فيما جنى.

الفرع الثانى: فى الكتاب: إذا أنزى على بقرك، أو زوَّج الأمة، فحملت، فمتن من الولادة، أو تحت الفحل - ضمن؛ لتسببه فى الهلاك، وقد روى عن مالك فى المرتهن يزوج الأمة بأمرك فتموت فى النفاس: ضمانها[٢] منك.

وقال ابن القاسم: منه.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا يضمن فى ذلك كله؛ لأن التزويج مصلحة، ولا يضمن نقص الولادة؛ لأنها ليست من فعله، وكذلك تزويج الذكور؛ لأنك إن أجزته فأنت المزوج، وإلا رجع العبد على حاله، ولا يضمن الأمة وإن ماتت؛ لأنه لو غصب حرة فزنى بها، وهو غير محصن فحملت فماتت - لا يقتل بها؛ لأنه سبب آخر مات به غير العدوان، وكمن غر من أمة فتزوجها على أنها حرة فماتت، لم يضمن قيمة ولدها للأب إذا غرم الأب قيمتهم للسيد.

وأما إذا ماتت تحت الفحل، فيضمن؛ لأنه معتد فى ذلك.

واختلف فى إنزاء الراعى، فلم يضمنه ابن القاسم؛ لأنه كالمأذون له عادة، وضمنه غيره.

الفرع الثالث: فى الكتاب: إذا أكرى إبل الوديعة إلى مكة، ورجعت بحالها، إلا أنه حبسها عن أسواقها، ومنافعك فيها - خيرت فى تضمين قيمتها يوم تعديه، ولا كراء لك؛ لأن الضمان يصير المنافع له، أو يأخذها، وكراءها، ومنافعها لك، وكذلك المستعير فى المسافة والمكترى.

---

(١) فى ط: جناية.
(٢) فى ط: ضمنها.

تنبيه:

قد تقدم فى كتاب «الغصب» إشكال فى هذه المسألة، وهو:

أن الغاصب لا يضمن إذا رد المغصوب بحاله، وهو أسوأ حالًا من المكرى، والمستعير، والمودع، وإن فوت الأسواق، وتتمة الإشكال والجواب هنالك، والسؤال قوى جدًّا فيتأمل.

الفرع الرابع: إذا زوجها بغير أمرك، ضمن ما نقصه التزويج، فإن ولدت، جبر الولد نقص التزويج، وخيرت بين أخذها وولدها؛ لأنها ملكك، وتضمين قيمتها بالولد، وقاله مالك فى المبيعة ترد بالعيب: أن الولد يجبر النقص؛ كما يجبر بزيادة القيمة، والنكاح ثابت؛ لأنه وقع فى مالك، كما إذا أعتقها، نفذ العتق.

وفى التنبيهات: قوله: «يجبر الولد النقص»، معناه: إذا أردت أخذها، ولو ضمنته، أخذت قيمتها بغير ولد.

وقال ابن أبى زمنين: إذا أخذ قيمتها، فعلى أنها خالية من زوج يوم بنائها.

وعن بعض الشيوخ: قيمتها يوم تعدى عليها فى التزويج.

وقوله: «لك أخذها مع ولدها، أو تضمينه إياها إذا نفست، وتأخذ قيمتها»، واختلف فى معناه: فقيل: «إذا نفست»، زائد ليس مرادًا، وهو الأصح.

وقيل: التخيير إنما يكون بعد النفاس، ومزايلة الولد؛ لأنه حينئذ تكون ولدًا وتجبر نقصًا.

وقد يريد بالنفاس: الحمل مجازًا لكونه سببه، كما أن قوله: يوم بنى بها، مجاز، فقد يكون الحمل بعد البناء بمدة، وإنما يقوم وقت الحمل.

قال اللخمى: إن أجزت النكاح، سقط العدوان، وإن لم يجز، فسخ، قولًا واحدًا، وكان لك المطالبة بغير الزوجية من جهة اعتيادها للزوج، وعيب الولادة، إلا أن يكون من العامى.

وينقصها عند المشترى عيب الولادة، وقد يسقط عيب عادة الزوج إذا كانت من العامى؛ لأنها شأنها أن توطأ، بخلاف الوخش.

ثم ينظر فى العيب إن كان يسيرًا، وفى الولد جبر للعيب، لم يكن لك إلا الأمة، أو كثيرًا، وفى الولد جبر له، خيرت بين أخذها مع ولدها دون قيمة العيب، أو قيمة العيب، أو قيمتها، وليس كذلك إذا اشتراها فزوجها، وولدت وجبر الولد العيب،

فإنه يردها[1]، رضى البائع أو سخط؛ لأنه حوز بوجه جائز، ومن حقه الرد بالعيب، ويجبر البائع على قبولها، وإن حدث بها عيب، ويغرم العيب، أو يجبره بالولد، إن كان هناك ولد على قول مالك، والمودع متعد، فلم يكن له ردها بعيب، إلا إذا كان العيب كثيرًا إلا برضاك، وجعل له ههنا جبر العيب بزيادة الجسم إذا حسنت حالها وزادت؛ لأنها زادت بماله، ولا فرق بين زيادة الجسم، وزيادة الولد، وإنما راعى ألا يكون على الأولى ضرر، فإذا عاد إلى يده مثل ما خرج منه، ارتفع الضرر.

وإن أتيت وهى حامل، وكان عيب الحمل يسيرًا، أخذتها وقيمة العيب، وإن كان كثيرًا، اخترت بين تضمينه القيمة وأخذها، أو نقص العيب.

فإن ماتت من الولادة، لم يضمن عند مالك، وضمنه ابن القاسم؛ لأن التسليط على الوطء تسليط على الولادة، ويلزم على قول مالك إذا لم تمت ووجدها حاملًا - أن يجبر على قبولها حاملًا بغير شىء، وإن كانت وضعت.

وأما ما قيل فيمن عرض أمة فزوجها، وهو عالم، فاستحقت بعد الولادة: إن الزوج يرجع بالصداق، ولا يرجع بما غرم فى الولد؛ لأن الولد بقى للأب، ولم يؤخذ منه، كما أخذت منه الزوجة.

الفرع الخامس: فى الكتاب: إذا بعثت العبد المودع فى أمر يعطب فى مثله فهلك ضمنته، بخلاف شراء البقل، ونحوه؛ لأن العبد لو خرج فى مثل هذا، لم يمنع.

الفرع السادس: قال صاحب [البيان][2]: قال ابن القاسم: إذا امتنع من دفع الوديعة، أو الرهن: لم أعط فكاكه إلا بأمر السلطان، فضاعا قبل القضاء عليه، وبعد الطلب، فإن قبض لغير بينة، ضمن.

قال: ولعل قوله فى الرهن الذى لا يغاب عليه: يصدق فى رده إذا قبضه بغير بينة، وفى تلفه كالوديعة، وفى تلف الوديعة بعد الطلب، وقبل القضاء عليه، ثلاثة أقوال:

لا يضمن، وإن قبضها بغير بينة؛ لأن له فى ذلك عذرًا بأن يقول: خفت شغبه، قاله ابن عبد الحكم.

---

(١) فى ط: يدها.
(٢) سقط فى ط.

ويضمن وإن قبض ببينة؛ لأن منعه عدوان؛ لأنه كان يمكنه مقصوده بالإشهاد، قاله ابن دحون.

والثالث: الفرق بين ما يصدق فيه ثمن الرد، وما لا يصدق.

الفرع السابع: قال صاحب النوادر: ولو اكترى البقر للحرث، أو البغال لحمل الطعام، ضمن البهائم؛ لأن مالك سلفها، فإن بلغت، أو نقصت فى كرائها، فلا قيمة لك؛ لأن القيمة تصيرها على ملكه، فتكون المتابع له، فلا كراء عليه فى منافعه، أو يأخذ القيمة إن ماتت، أو نقصها إن لم تمت، ولا كراء لك؛ لما تقدم.

الفرع الثامن: قال صاحب الإشراف: إذا سرقت، ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك.

وقال (ح): له ذلك.

لنا: أن الخصومة فى الأملاك للمالك، وليس مالكًا، فلا خصومة له.

السبب السابع: الجحود:

وفى الكتاب: إذا جحدك، وشهدت البينة، ضمن؛ لأنه بالجحد صار غاصبًا، وقاله الأئمة.

وفى الجواهر: مع غير مضمن؛ لأنه لا يستحق القبض منه، ومع المالك بعد المطالبة، والتمكن من الرد مضمن، ومهما جحد قبل قوله؛ لأن الأصل: عدم الإيداع.

فإن شهدت البينة فادعى الرد من قبل، فإن كانت نية[1] جحوده إنكار أصل الوديعة، لم يقبل قوله بغير بينة؛ لأن الأصل فى قبوله مع البينة خلاف نفيه؛ لتناقض كلامه، أو قال: لا يلزمنى تسليم شىء إليك، قبل قوله فى الرد والتلف؛ لعدم التناقض بين كلامه[2].

قال صاحب النوادر: قال محمد: إذا أنكر الإيداع، حلف على البتّ، لا على العلم؛ كالدين، فإن قال: لا أدرى، لم يقبل منه، وذلك نكول، فتحلف، ويحكم لك بدعواك، فإن نكلت، لم يكن لك شىء، وإن ادعيت، وقد قدمت، فلك

---

(١) فى ط: ضيه.
(٢) فى ط: كلاميه.

الوديعة، أو في سفر لم يكلف الخلطة؛ لأن هذا ليس موضعها.

السبب الثامن:

ترك الوصية بها، أو بالقراض عند الموت، فإنه يضمنه، ويؤخذ من تركته، وقاله الأئمة؛ لأن تركها تحت يده موجب للقضاء بأنها ملكه، فقد ضيعها.

قال ابن يونس: ويحاص بها غرماؤه.

ولو قال عند موته: هذا قراض فلان، أو وديعته، فإن [لم][1] يتهم، صدق.

وقال أشهب: إذا قال: هي في موضع كذا، فلم توجد هناك، لم يضمن؛ لأنه عمل جهده، ولعلها أخذت بعد موته، فالمتعدي غيره.

وعن ابن القاسم: إذا لم يوص، ووجدت صرر عليها مكتوب: هذا لفلان، وفيها كذا، ولا بينة على إيداعه - لم يأخذها مالكها إلا ببينة، أو بإقرار الميت، ولعله صادم أهل الميت حتى كتبوا ذلك.

وعن ابن القاسم: إذا وجد قرطاس حساب، فيه: لفلان عندي كذا، فهو لمن سمي، إن شهد بأنه خط الميت، وإلا فلا.

قال أصبغ: ويقضى لك بها إذا كان عليه خطك، ووجد في حرز المستودع حيث أقره.

قال مالك: وإذا شهد على خط المقر بالحقوق شاهدان، فقد تمت الشهادة، ولا يحتاج إلى يمين كالإقرار، أو شاهد واحد، حلف معه، أو شاهد على الخط، وآخر على الحق، تمت الشهادة.

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا لم يعلم الوديعة إلا بإقراره ثم مات بعد طول المدة، نحو عشرين سنة - لم يؤخذ من ماله؛ لأنه لو كان حيًا وادعى ردها، أو تلفها، صدق مع يمينه، وقد سقطت اليمين بالموت؛ لأن الميت يتعذر تحليفه، فقد سقط الحق بالكلية، ويلزم الكثير من ورثته [أن] يحلف: ما يعلم لها سببًا، ولا يعتقد - لطول المدة - أنه تسلفها أو استهلكها؛ لأن الأصل: براءة ذمته، وعدم العدوان، وهذا كان القياس لو قصرت المدة.

لكن فرق بينهما: أن الودائع لا تترك عند قابضها الدهر الطويل غالبًا، والعشر

---

(١) سقط في ط.

سنين كالعشرين، والسنة ونحوها قليل.

فقيل: إن هذا خلاف قوله فى كتاب «الشركة» - فى المدونة - فى الشريكين يموت أحدهما فيقيم شريكه البينة: أنه كانت عنده مائة دينار من الشركة، فلم توجد، ولا علم لها مُسْقِط: إنها تكون فى ماله.

وقيل: ليس بخلاف، وهو الصحيح؛ لأنها مسألة أخرى.

والفرق: أن للشريك التصرف فى المال بخلاف المودع.

السبب التاسع:

التقصير فى الإشهاد؛ كالرد إذا قبض ببينة.

وقد تقدم فى أول الفصل الثانى من العاقبة الأولى ذكر هذا، ومخالفة الأئمة لنا، ووجه الحجة عليهم، ونذكر ههنا ما يتعلق بهذا السبب مما لم يذكر هنالك.

قال صاحب المقدمات: إذا قبض ببينة يكون قد ائتمنه على الحفظ دون الرد، فيصدق فى الحفظ الذى اؤتمن عليه دون الرد الذى لم يؤتمن عليه، قاله مالك، وجميع أصحابه، إلا رواية عن ابن القاسم فى دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض، فيصدق، قبض ببينة أم لا، ولا فرق بين المستأجر والمودع عنده.

وقد تأول عليه أصبغ: أنه فرق بين القراض، والوديعة، وبين المستأجر من العروض فى دعوى الرد إذا قبض ببينته.

ووقع فى النوادر لابن القاسم ما ظاهره تأويل أصبغ عليه، والصحيح: التسوية، بل المستأجر أولى بعدم القبول من المودع؛ لأنه قبض له لخفتهما، وكذلك القراض فيتحصل أربعة أقوال:

المشهور: لا يصدق إذا قبض ببينة فى الثلاثة.

ويصدق فيها، وإن قبض ببينة.

والتفرقة لأصبغ بين المستأجر، والآخرين على تأويله عن ابن القاسم.

ويصدق فى الوديعة دونهما؛ لاحتمال أن يكون القصد بالإشهاد فيهما: التوثق من عقد القراض، والإجارة دون العين، وهذا إذا دفع الأمانة لدافعها، وأما لغيره، فعليه ما على ولى الأيتام من الإشهاد، ولا يصدق إذا أنكر القابض قولًا واحدًا، إلا قول عبد الملك.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال: لا أدرى أضاعت، أو رددتها - والقبض

ببينة - يضمن؛ لأن يده يد ضمان، وإنما أمر على الحفظ، ولم يتحقق المبرئ.

قال ابن عبد الحكم: ولو قال لك: إن أودعتنى شيئًا فقد ضاع، وقد قبضته ببينة، ليس عليه إلا يمينه؛ لجزمه بانحصار الطارئ فى الضياع.

* * *

كتاب الحمالة

وهى مشتقة من الحمل؛ لأن الضامن حمل، والمضمون نقل ما كان عليه.

قال صاحب المقدمات: وهى فى اللغة سبعة ألفاظ كلها مترادفة:

الحميل، والزعيم، والكفيل، والقبيل، والأذين، والصبير، والضامن.

يقال: حمل يحمل حمالة فهو حميل، وزعم يزعم زعامة فهو زعيم، وكفل يكفل كفالة فهو كفيل، وقبل يقبل قبالة فهو قبيل، وأذن يأذن أذانة فهو أذين، وصبر يصبر صبرًا فهو صبير، وضمن يضمن ضمانًا فهو ضامن.

قال الله - تعالى -: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، و ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠].

وقال ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[(١)]، و «لَا تَقُومُ السَّاعَةُ حَتَّى يَكُونَ زَعِيمُ القَوْمِ أَرْذَلَهُمْ»[(٢)]، أى: من يتحمل الكلام عنهم، ويتقدم فيه دونهم.

وقال الله تعالى: ﴿وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾ [النحل: ٩١].

وقال ﷺ: «تَكَفَّلَ اللهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِى سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ مِنْ بَيْتِهِ إِلَّا الْجِهَادُ فِى سَبِيلِهِ وابْتِغَاءُ مَرْضَاتِهِ - أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ يَرُدَّهُ إِلَى مَسْكَنِهِ الَّذى خَرَجَ مِنْهُ مَعَ مَا نَالَ مِنْ أَجْرٍ أو غَنِيمَةٍ»[(٣)].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) فى البيوع: باب فى تضمين العارية (٣٥٦٥)، والترمذى (٣/ ٥٦٥) فى البيوع: باب ما جاء فى أن العارية مؤداة. وابن ماجه (٢/ ٨٠١) فى الصدقات: باب العارية (٢٣٩٨)، وأحمد فى المسند (٥/ ٢٦٧)، وابن حبان أورده الهيثمى فى موارد الظمآن ص٢٨٥، فى البيوع: باب ما جاء فى العارية (١١٧٤)، والطبرانى فى الكبير (٨/ ١٦٠ - ١٦٢ - ١٦٩)، والبيهقى فى السنن (٦/ ٨٩)، وأبو نعيم فى الحلية (٩/ ١٦٣)، وفى الباب عن يعلى بن أمية - رضى الله عنه - قال: قال لى رسول الله ﷺ: إذا أتتك رسلى فادفع إليهم ثلاثين درعًا وثلاثين بعيرًا، فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ فقال: بل عارية مؤداة.

أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٧) فى البيوع: باب فى تضمين العارية (٣٥٦٦)، والنسائى فى الكبرى كما فى التحفة (٩/ ١١٦)، وأحمد فى المسند (٤/ ٢٢٢)، وقال ابن حزم فى المحلى (٩/ ١٧٣): حديث حسن، ليس فى شىء مما روى فى العارية خبر يصح غيره، وأما ما سواه فليس يساوى الاشتغال به.

(٢) لم أجده بلفظه. وأخرج الطبرانى فى الكبير (٩٧٧١) (١٠/ ٨) من حديث ابن مسعود مرفوعًا «لن تقوم الساعة حتى يسود كل قبيلة منافقوها».

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٤٤٣ - ٤٤٤) كتاب الجهاد: باب الترغيب فى الجهاد (١)، =

وقال - تعالى -: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٩٢].

والأذين فى قوله - تعالى -: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾ [إبراهيم: ٧]، وأصل الأذين، والأذان، وما تصرف من ذلك: الإعلام.

والكفيل: معلم بأن الحق فى جهته، وقال تعالى: ﴿وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ﴾ [فاطر: ١٨].

قال فى التنبيهات: ومثل حميل: عزيز، وكوين، قال: وأصل ذلك كله من الحفظ والحياطة.

فالكفالة من الكفيل: وهو الكساء الذى يطوى حول سنام البعير؛ ليحفظ به الراكب، والكفيل: حافظ لما التزمه.

والضامن من الضمن: وهو الحرز، وكل شىء أحرزته فى شىء فقد ضمنته إياه.

والقبالة: القوة، ومنه: ما لى بهذا الأمر قبل ولا طاقة، ومنه: قبل الخيل قبلة الأول[1]، والقبيل: قوة فى استيفاء الحق.

والزعامة: السيادة، فكأنه لما تكفل به صار عليه سيادة، وحكم عليه.

قال: والأذين والأذانة بمعنى الإيجاب، وذكر الآيتين المتقدمتين، أى: أوجب على نفسه المزيد للشاكر، والعذاب للكافر.

قال: وأصله من الأذان، وهو الإعلام.

قال: والضامن أوجب على نفسه ما لزمه، وأعلم بذلك.

والصبير، من الصبر وهو الثبات، والحبس، ومنه: المصبورة، وهى المحبوسة للرمى؛ لأنه حبس نفسه لأداء الحق.

والكوين: من كنيت لك بكذا، وقالوا: عزيزك أى: كفيلك.

قال غيره: الكفالة من الضم، ومنه سميت الخشبة التى تعمل للحائط كفلا، ومنه: قوله - تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، أى: ضمها لنفسه.

والحميل: ضم ذمته لذمم أخرى.

= والبخارى (٦/ ٢٠) كتاب الجهاد والسير: باب تمنى الشهادة (٢٧٩٧)، ومسلم (٣/ ١٤٩٨) كتاب الإمارة: باب فضل الشهادة فى سبيل الله (١١٠ - ١٨٧٨).

(١) كذا فى ط .

فائدة:

قال بعض اللغويين: كثر الفرق بين الفُعالة، والفِعالة فى موارد الاستعمال، فالفُعالة - بالضم - فى الفضلات، والمطرحات، نحو النخالة، والفضالة، والزبالة، والكناسة.

وبالفتح: من السجايا، والأخلاق، نحو: الشجاعة، والسماحة، والبراعة، والخلاعة.

و بالكسر: فى الحرف، والصناعات، نحو: الخياطة، والتجارة، والصياغة، والفلاحة، وهو كثير فى الثلاثة غير مطرد.

وأصل هذا الكتاب: القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس.

أما القرآن: فقوله - تعالى -: ﴿وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، وشرع من قبلنا شرع لنا حتى ينسخ، وهى كفالة بالمال، وقول يعقوب - عليه السلام: ﴿لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦]، وهو كفالة بالوجه.

والسنة: قوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[(١)] وأجمعت الأئمة عليه من حيث الجملة، وإن اختلفت فى بعض الفروع.

وأما القياس: فلأنه باب معروف فيجوز قياسًا؛ على العارية، والقرض، وغيرهما من أبواب المعروف.

ولأنه توثق بالحق فيجوز؛ كالرهن.

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب.

* * *

(١) تقدم.

الباب الأول

فى أركانه، وهى خمسة

الركن الأول: الضمان:

وفى الجواهر: شرطه: صحة العبارة، وقاله الأئمة؛ احترازًا من الصبى والسفيه؛ لعدم ذمتهما، ومن فيه رق، أو شائبته؛ لما فى ضمانه من رق السيد، فإن أذن السيد، جاز، إلا فى المأذون إذا أحاط الدين به؛ لئلا يتضرر صاحب الدين.

وقيل: يمتنع فى المكاتب - أيضًا - وإن أجازه؛ صونًا للكتابة عن العجز.

وقال (ح): وما رده السيد من ذلك، لا يلزمهم بعد العتق عيب الآن، وليس لهم إدخال العبد فى ملك السيد، فمكنه الشرع من إسقاطه مطلقًا، فإن لم يرد حتى عتقوا، لزمهم؛ لذهاب المانع.

وفى هذا الركن ثلاثة فروع:

الفرع الأول: فى الكتاب: كفالة المريض فى ثلثه؛ لأنها تبرع، وقاله الأئمة.

ومداينته بعد ذلك فى رأس ماله؛ لأنها ليست تبرعًا، فإن اغترق الدين، سقطت الكفالة؛ لتقديم الدين على التبرع؛ كالوصية بالثلث يسقطها الدين.

وإن تكفل فى مرضه لوارث أو غيره وصح، لزمه ذلك؛ كصدقته فى مرضه لوارث إلا على وجه الوصية، وقاله الأئمة.

فإن أقر فى مرضه أنه تكفل فى مرضه هذا لوارث، امتنع؛ لأنه تبرع لوارث، ويجوز للأجنبى، والصديق الملاطف فى ثلثه؛ لجواز الوصية، إلا أن يغترق الدين ماله، فإنه حينئذ يمتنع؛ لصيرورة المال وفاء للدين، فيكون كالتصرف فى الرهن.

وجوز (ش) التبرع له ما لم يفلس، وإذا قامت بينة بعد موته أنه أقر فى صحته بكفالة لوارث، أو غيره، ففى رأس ماله؛ لأنه تصرف فى الصحة.

فى التنبيهات: أكثر المختصرين حملوا كلامه على أن إقراره بالكفالة كإقراره بالعتق والصدقة، وغيرهما، وأن الجميع باطل، قاله أبو محمد، وابن أبى زمنين.

وقيل: الكفالة تخالف ذلك؛ لأنها دين يلزم بالإقرار فى المرض؛ كالصحة، قاله ابن لبابة وأبو عمران.

قالا: ومعنى كلام مالك: أنه إنما يبطل من ذلك ما كان لوارث، ومن لا يصح

إقراره له فى المرض.

وقال بعضهم: وإن أقر فى مرضه أنه تكفل فى صحته فى أصل عقد بيع، أو قرض بدين - يلزم، وليس معروفًا؛ كالصدقة، وأما العتق، فلا يلزم فى ثلث، ولا غيره، كما قاله فى الكتاب إلا أن يقول فى هذه الأشياء: أنفذوها، فتخرج من الثلث.

قال ابن يونس: قال محمد: حمالة المريض جائزة، ما لم يدخل على أرباب الدين نقص، ويكون المتحمل بها مليًا، ويكون المريض متهمًا فى إحياء حقه، وإن كان مليًا، جازت بكل حال.

وقال عبد الملك: إن كان المحمول به مليًا فهى [لازمة][1] أو عديمًا، بطلت، ولم تكن فى الثلث إذا لم يرد بها، كالوصية، ولا له أن يعطى فى مرضه من رأس ماله.

قال أشهب: حمالة المريض عن وارثه لأجنبى باطلة، إلا أن يكون المحمول به موسرًا حاضر النقد حين تحمل بها، وأبطلها عبد الملك مطلقًا.

ولو صح بعد الحمالة تثبت مطلقًا عند أشهب وعبد الملك.

وقوله: «إن أقر فى مرضه أنه تكفل فى مرضه هذا، إن كان لوارث، امتنع، أو لأجنبى، أو صديق ملاطف، جاز»، يريد: كان وارثه كلالة، أو ولدًا.

وعن سحنون: إن كان ولده كلالة، لم يجز إقراره من ثلث ولا غيره.

قال صاحب [التنبيهات:][2] إذا تكفل الذى أحاط الدين بماله، بطلت.

قال ابن القاسم: ولا يتبعه به فيما بينه وبين الله، تعالى.

وقال أصبغ: هو كحمالة[3] ذات الزوج إذا طلقت، وأيسر هو المعدوم، ولم تفسخ الحمالة، فهى ثابتة، إلا أن يكون الزوج أسقطها عن زوجته، والغرماء عن غريمهم.

قال محمد: المريض له دين على رجلين تحمل بعضهما عن بعض، وأخذهما وارثه فأقر أنه قبض جميع الحق، يبطل إقراره، والحمالة باقية؛ لأنها وصية لوارث

---

(١) بياض فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: كحالة.

أسقط ما عليه، وجعل له اتباع الأجنبى. وإن أقر أنه قبض الحق من الأجنبى، جاز إقراره، وسقط الحق عنهما إن كانا مليّين؛ لأن الأجنبى يتبع الوارث، ولم يسقط عن وارثه شيئًا؛ لأن صاحبه ملئ، أو معدوم معين بطل الإقرار، وبقيت الحمالة والدين؛ لأن الوارث إن أيسر أولًا صارت وصية له؛ لأنه أسقط عنه ما يلزمه، وكذلك فى عدم الأجنبى وملاء الوارث؛ لأنه يزيل عن وارثه واجبًا إن أقر له، ولا يجوز للأجنبى؛ لأنه يزيل بذلك الطلب عن وارثه.

وإذا أقر بقبض دينه من وارثه وله به حميل، امتنع؛ لأنه يضعف فرضه وينقصه، ولو أقر بقبض الحق من الأجنبى الحميل، جاز واتبع الحميل الوارث.

وقال صاحب التبصرة: إذا تكفل المريض بمال فى عقد بغير أمر المشترى، جاز، ويمتنع بأمره، على القول: إنها تحل على الحميل بموته؛ لأنه يدرى على أى ذلك باع، نقدًا أو إلى أجل.

وإن كانت بعد العقد، أو فى مرض قبل العقد، أو بعده، جازت من ثلث، وإذا تكفل المريض فصح، فيرجع عنها، وقال: كنت أردت بها الوصية - لم يقبل قوله، إن كانت فى عقد بيع أو قرض، ويختلف إذا كانت بعد.

وإذا أقر فى مرضه: أنه يحمل فى الصحة، لم يقبل منه إذا كانت بعد عقد البيع أو القرض؛ لأنه معروف، وتدخل فيها الوصايا؛ لأنها كالحمالة لها مرجع، فأشبهت مراجع العُمْرَى، فإن أقر أن ذلك كان فى عقد البيع أو القرض، جاز؛ لأن المعروف فى ذلك للمشترى، والمستقرض دون البائع والمقرض، فكان كالإقرار بسائر الديون؛ لأنه أقر بما أخرج به ملكًا عن مالكه.

الفرع الثانى: فى الكتاب: تمتنع كفالة المأذون إلا بإذن سيده إلا أن يغترق الدين ماله فيمنع، وإن أذن السيد، كالحر إذا اغترق دينه ماله، وتجوز حمالة العبد بالخصومة بإذن السيد، وقاله (ش) ؛ لأنه لو وكَّلَ عبده فى قضاء فأقام شاهدًا بالقضاء، حلف العبد، وبرئ السيد؛ كالحر، ولا يحلف السيد.

وإن تحمل عبد بدين على سيده بإذن السيد، ثم فلس السيد، أو مات - خير الطالب: أن يتبع ذمة السيد فيبتاع له العبد، أو ذمة العبد فيكون له دينه فيها.

وقال غيره: ليس له اتباع ذمة العبد إلا عما عجز منه مال السيد.

قال ابن القاسم: وإن تحمل عن أجنبى بأداء السيد، ففى ذمته لا فى رقبته؛ لأنها

ليست جناية، ويجوز كفالة العبد، ومن فيه رق لسيده، ولا يجبره السيد على ذلك؛ لأنه قد يؤديه(١) بعد العتق، ولا يلزمه إن أجبره؛ لأنه عقد إكراه، [وإن أباه](٢) خوف اللزوم بعد العتق، وأشهد السيد أنه ألزمه ذلك، لم يلزم العبد إلا برضاه.

قال مالك: إذا أعتقه وعليه مائة، لزمته وإن كره.

وفي التنبيهات: قيل: قول ابن القاسم في تخيير الطالب بين العبد والسيد، على قول مالك الأول: إن للطالب اتباع الكفيل مع يسر الغريم، وليس هو اختيار ابن القاسم فقد خالف أصله.

وقيل: إنما قال هذا؛ لأن العبد مع سيده بخلاف غيره؛ لأن الذمتين كشيء واحد.

وقيل: المسألة على أصله، ولعل السيد فلس، أو مات، ويخاف المحاصة، وذكره إعتاق العبد على أن الذي عليه مائة فتلزمه، وإن كره في العتق الثاني خلافه، ذكرها سحنون بعد إجبار العبد على الكفالة؛ تنبيهًا على الخلاف، وأن مذهب ابن القاسم في المسألة مخالف لمالك، وأنه يأتي على قول مالك: إلزام الإجبار، وهو قول عبد الملك، وروى عن ابن القاسم.

وقيل: بل أشار للفرق بين العتق والحمالة؛ لحرمة العتق، وأن ما أدخل فيه العبد من المائة، انتفع بعوضها من تعجيل العتق، ولا منفعة له في إلزام الكفالة.

وفي النكت: إذا طالب السيد ببيع العبد فلم يف بالدين، له مطالبة العبد بما بقي له؛ كالحر إذا تحمل ولم يف مال المطلوب، له مطالبة الكفيل بما بقي.

قال: وقول الغير: لا يطالب العبد إلا بما عجز عنه مال السيد، كيف يباع، ولا يعرف ما بقي في ذمته؛ لأنه من جملة مال السيد، فلا يتجه إلا على التبعيض في المزايدة، مثل: أن يكون الدين مائة، فيقال: من يشتريه بخمسين، على أن يبقى عليه أربعون، هكذا حتى تقف على ثمن معلوم.

قال: واعلم أن ما يؤخذ من ثمن العبد يسقط من ذمته، فإن كان على سيده - أيضًا - دين، فما أخذ من ثمنه لأجل الدين فيه نصيب، فما حصل لهم منه باق في

---

(١) في ط: يؤدبه.

(٢) في ط: وإباء العبد.

ذمة العبد فى هذا عامرة بما عجز عنه ثمنه، وبما أخذ أهل الدين.

مثاله: على السيد مائة، وتحمل العبد عنه بمائة، فيقال: من يشتريه بمائة على أن تبقى فى ذمته خمسون؟ فيقول آخر: آخذه بمائة وعشرين، على أن يبقى فى ذمته أربعون؛ لأن العشرين التى زادنا بين الغرماء نصفين فيسقط من ذمة العبد نصفها على هذا الترتيب.

قال التونسى: قوله: يحلف العبد، فإن نكل، حلف السيد مع الشاهد؛ لأنه أمر يدفعه عن نفسه بشاهد قام له.

وأما الوكيل الحر: فإن كان عديمًا، حلف الموكل؛ ليبرأ من الغرم أيضًا، ومتى أيسر الوكيل، حلف صاحب الدين ورجع على الوكيل، وبرئ، وغرم الوكيل الذى وكّله.

وإذا تحمل العبد لسيده فأفلس، بيع العبد إن طلب صاحب الدين دينه من السيد، فإن رضى ببيع العبد كان ذلك فى ذمة العبد، وانظر إلى قوله: «إن الطالب يخير بين السيد إذا فلس، وبين العبد»، فإنه قد ترك السيد، واتبع ذمة العبد، فهو نحو قول مالك فى الإكراه على الحمالة، أو على أن يجعل فى ذمته بعد العتق شيئًا؛ لأن للعبد أن يقول: إنما أنا حميل بما عجز عنه مال السيد، فإذا ألزمت مع وجود ماله فهو إكراه على الحمالة.

وفى الموازية: لو تحمل السيد عن عبده ثم باعه، وكان منتزع المال بالبيع، ليس لصاحب الحق المطالبة حتى يحل الأجل؛ لأن العبد لو مات، وفلس قبل الأجل - لم يحل الأجل على الحميل، فكيف انتزاع ماله؟

قال اللخمى: أجاز عبد الملك: المأذون؛ لأنه يتألف بها فى التجارة، فيفعل معه كذلك.

قال: وهو أحسن فيما يراد به التأليف، فإن كان المكفول موسرًا، جازت، وإن كثر المكفول، أو فقير امتنعت إلا فى القن، وكفالة المكاتب فيما يخشى منه التعجيز، تجرى على الخلاف فى تعجيزه لنفسه مع وجود القدرة.

قال: وفى جبر العبد على الكفالة قولان إذا كان فقيرًا.

قال: وينبغى إذا قال المكفول له: إن وجدت شيئًا أخذته، وإلا لم أحبسه -

لا يمتنع، وإذا عتق اتبع؛ كالذى يقول: أنت حر على أن عليك مائة، وليس كالذى يقول: أنت حر وعليك؛ لأنه فى الحمالة أوجب عليه المال قبل العتق، وإذا قال: وعليك، أوجب عليه بعد العتق.

الفرع الثالث: فى الكتاب: إذا عنست البكر فى بيت أبيها، وآنس منها الرشد، جازت كفالتها، وعتقها، وهبتها، وإن كره أبوها، قاله ابن القاسم.

ومنع مالك، وهو الذى يعرف.

قال مالك: ويجوز عتقها إن أجازه أبوها.

وعن مالك: جواز أمرها.

ومنشأ الخلاف: أن صحة العبارة ونفوذ التصرف ينشأان عن وصف الرشد حيث وجد، وعن الحكم، وهى قاعدة تقدم الخلاف فيها فى كتاب «الحجر».

والفقه: اعتبار الرشد وعدمه لا الحكم؛ لأنه منشأ الحكم فى الإمضاء والرد.

وتمنع كفالة غير المعنسة، وبيعها، وتصرفها، وإن أجازه أبوها؛ لعدم تجاربها، ومخالطتها المجربين لضبط المصالح، فتكون كالبهيمة، ولا ينبغى أن يجيزه السلطان؛ كالصبى، والمولى عليه، ويرد هبتها لأبيها؛ كالأجنبى، وكذلك بعد تزويجها ودخولها، حتى يؤنس رشدها، فيجوز، وإن كره الزوج، والكفالة وغيرها إن حمله الثلث، وإذا أجاز الزوج كفالة الرشيدة فى أكثر من الثلث جاز، فإن اغترقت الكفالة مالها، لم تجز فى ثلث ولا غيره.

وأصل هذا البحث: قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَتَصَرَّفَ فِى ذِى بَالٍ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»(١)، والثلث ذو بال؛ لقوله ﷺ: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ».

ولأن الثلث معتبر فى التحديد فى الوصية، وغيرها، فاعتبر ههنا، وقوله ﷺ: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ...»(٢)، فذكر المال، فتعلق به حق الزوج خلافًا لـ (ش) فى هذا.

فائدة: فى التنبيهات: التعنيس: كبر المرأة فى بيت أبيها، ويقال - أيضًا - للتى

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

بقيت مدة لم تتزوج، ويقال ذلك فى الرجل - أيضًا - إذا بقى بعد إدراكه لم يتزوج زمانًا. وهى فى عرف الفقهاء فى البكر إذا كبرت، ولم تتزوج، ولكنهم أجروا حكمها فى تصرفها قبل التزويج وبعده سواء.

ويقال: عنست - بفتح العين، وضمها وتشديد النون، وفتحها مع الفتح، وكسرها، وبفتحها وتخفيف النون - فهى عانس ومعنسة، وأعنست أيضًا، وأصلها - من القوة، والتمام.

قال بعض اللغويين: لا تسمى بذلك لأقل من ثلاثين سنة، واختلف الفقهاء فى ذلك فى ذات الأب، وفى اليتيمة من أقل من ثلاثين إلى ستين، وبعدها من انقطاع الحيض.

وقال التونسى: إن زادت الزوج على الثلث، رد الكل؛ لاشتماله على الممنوع، إلا أن يكون يسيرًا كالدينارين، كقول مالك فيمن أوصت بعتق جاريتها: إن وسعها الثلث، عتقت، وإن لم يسعها الثلث، فلا تعتق، إلا أن يفضل الديناران فلا يحرم العتق.

قال ابن القاسم: ويغرم ذلك.

قال التونسى: وهذا استحسان؛ لأنه خلاف بعض الوصية.

وقيل: يرد منها بقدر ذلك.

عن ابن القاسم: إذا أعتقت عبدًا، ثم أعتقت ثانيًا بعد زمن، ثم أعتقت ثالثًا بعد زمن، وليس لها غيرهم - جاز عتق الأول إن كان ثلث قيمتهم، ثم إن قرب عتقها الثانى بما يعرف به الضرر، بطل، وإن بَعُدَ مثل الشهور، وقيمته قدر الثلث منه ومن الثانى، جاز، ولا يعتق الثالث، فإن كان الأول أكثر من الثلث، رد عتقه، والثانى أكثر من ثلث قيمة الثلاثة، رد أيضًا، أو قيمة الثالث بعد إبطال الأول ثلث قيمة الثلاثة رد أيضًا، أو قيمة الثانى بعد إبطال الأول ثلث قيمة الثلاثة: جاز.

وعنه: إن أعتقت اليوم واحدًا، وفى غد الثانى، وبعد غد الثالث، أو بعد يومين: فإن كان الأول الثلث، جاز وحده، أو أكثر، بطل عتقهم.

قال: فانظر: لم يبطل عتق الأول، وإن قرب عتق ما بعده، وينبغى إبطال الجميع؛ لأنها فى معنى قصد عتق الجميع، ففرقتهم؛ لتجيز أكثر من الثلث، ثم

أبطِل عتق الجميع، إذا كان الأول أكثر من الثلث، ولم يجعل الثاني كالأول: إذا كان ثلثه [. . .][1] أنه يجوز؛ لأن الأول إذا بطل صار كأنه أعتق الثاني كالأول، وعلى قياس قوله: إذا لم يعتبر ما حدث بعد الأول أن يجيز عتق الثاني إذا كان ثلث الثلاثة، وقد بطل عتق الأول، وقد اعتبر ذلك في رواية عنه.

وفي الموازية: إذا أعتقت ثلث جارية لا يملك غيرها جاز ذلك، قاله مالك.

وقال أشهب: إذا أجاز الزوج، استتم بقيتها، إن لم يجز رد عتقها.

قال التونسي: أرأيت لو أن امرأة لرجل تزوجها ثم قالت بعد ذلك: أكرهني - لم تصدق إلا ببينة، قاله مالك؛ لأن عطيتها لزوجها جائزة، وإن أحاط ذلك بمالها.

وقال أشهب: أما حمالتها لزوجها لغيره تلزمها، ولا يقبل قولها - كما في المدونة - إلا أن يكون الأجنبي صاحب الحق عالمًا بذلك، وتقوم لها ببينة على الإكراه، فإن أنكر الأجنبي العلم، حلف، فإن نكل، حلفت: لقد علم، وبرئت في القرية القريبة الجوار، وأما غير الجار من يبعد علمه، لا يحلف.

وحمالتها بغير زوجها لزوجها إن كان ظاهر الإساءة لها، وهو قليل الورع في ذلك، متحامل عليها - بطلت الحمالة إذا حلفت، فإن كان غير ذلك حلف الزوج: ما أكرهها، ولا أخافها، ولزمتها الحمالة.

قال اللخمي: قوله: «إن أجازه الأب»[2]، يريد: أنه علم بحالها، فإن علم رشدها أجاز، وإلا رد؛ كالوصي إذا علم من يتيمه رشدًا: أنه يدفع إليه ماله بغير حاكم، وجعل فعل الثيب على الجواز، يريد: إذا طال أمرها بعد البناء، وإن كانت اليوم لا زوج لها، وكذلك الثيب ذات الزوج.

واختلف في خمس مسائل:

إذا قصدت الضرر، وإن لم يجاوز الثلث.

وإذا جاوزته هل يمضي قدر الثلث أو يرد الجميع؟

وإذا كان المتحمل به موسرًا هل يمضي جميعها وإن زادت على الثلث؟

وإذا تكفلت بكفالة بعد كفالة بقرب الأولى.

---

(١) بياض في ط.
(٢) في ط: إلا الأب

والخامسة: إذا كانت على بعد الأولى فتكفلت، ووهبت من صدقة المال الأول، أو من فائدة.

فأما كفالتها بموسر بأكثر من الثلث، منعها ابن القاسم، وأجازها عبد الملك وهو أشبه؛ لأن الغالب السلامة وبقاؤه عن اليسير، وإذا تكفلت بالوجه على أن مال عليها: فقال ابن عبد الحكم: لزوجها رد ذلك؛ لتوقع حبسها، وإلجائها للخروج للخصومة بخلاف المال.

قال صاحب النوادر: قال أصبغ: إذا طلقت، وأيسر المعدم، ولم تفسخ الحمالة فهى ثابتة، إلا أن يكون الزوج أسقطها عن زوجته، والغرماء عن غريمهم.

وقال ابن القاسم: حمالة الذى أحاط الدين بماله تسقط، ولا يتبعه فيما بينه وبين الله.

وقال أصبغ: هى كحمالة ذات الزوج كما تقدم.

الركن الثانى: المضمون له: وفى الجواهر: لا تشترط معرفته، بل لو مات من عليه دين لا يدرى كم هو، وترك مالا، جاز تحمل بعض الورثة الدين إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله، على أن ما فضل له، ولجميع الورثة على الفرائض، وما نقص فعليه؛ لأنه معروف للميت وللورثة، كان الدين نقدًا أو إلى أجل.

فإن طرأ غريم لم يعلم به الكفيل، غرم له، ولا ينفعه قولهم: لم أعلم به؛ لأنه من المعروف الذى التزمه.

ووافقنا (ش) فى أحد قوليه، وابن حنبل.

وقال (ح): لا بد من رضاه؛ لأنه حق مالى يتعلق به، فيشترط رضاه؛ كالبيع، والحوالة؛ لأنه إيجاب مال فى الذمة.

ولأن الحميل جهة الوفاء فيفتقر إلى رضا المستوفى، وهو المضمون له؛ كالرهن.

لنا: أن الكفالة وثيقة فلا يشترط رضا المنتفع بها فى انعقادها، كالشهادة.

وقياسًا على الوارث يضمن دين المريض.

ثم الفرق بينها، وبين البيع: أن المنتفع فى البيع بذل عوضًا، فاشترط رضاه، لأجل ما بذله بخلاف الحمالة.

وبين الرهن، وبينها: افتقاره إلى القبض، والقبض بغير الرضا محال.

فرع: فى الكتاب: إذا ادعيت حقًا على من بينك وبينه مخالطة، لم يكن لك كفيل بوجهه حتى يثبت حقك؛ لأنها فرع ثبوت الحق كالرهن.

وقال غيره: إذا ثبتت الخلطة فلك؛ لتوقع البينة، وإن سألته وكيلا بالخصومة حتى تقيم البينة، لم يلزمه، إلا أن يشاء لصحة سماعها فى غيبته، وإن سألته كفيلا بالحق حتى تقيم البينة، لم يلزمه، إلا أن تقيم شاهدًا فيلزمه لتمليك من الحق بالحلف لو شئت، وإلا فلا، إلا أن تدعى بينة تحضرها من السوق، أو من بعض القبائل، فيوقف القاضى المطلوب عنده لمجىء البينة، فإن جئت بها وإلا خلى سبيله، ومن قضى له بدفع أو غيره أنه وارثه، فلا يؤخذ بذلك من المقضى له كفيل، وكذلك من استحق دينًا قبل غائب، وله رباع أو عروض حاضرة، باعها القاضى وأدى دينه، ولا يأخذ من المقضى له بذلك كفيلًا.

الركن الثالث: المضمون عنه:

وفى الجواهر: لا يشترط رضاه، بل تؤدى دين غيرك بغير إذنه.

ووافقنا (ش)، وابن حنبل فى عدم اشتراط رضاه.

واشترطه (ح)؛ لأنه إثبات مال لآدمى، فلم يثبت إلا برضاه؛ كالبيع يشترط فيه رضا كل من يتعلق به ذلك المال، من منقول إليه ومنقول عنه، وهو يشترط رضا الثلاثة كلاهما مع الضامن، ولم يشترط أمر المكفول، وقال: لا يطالبه الكفيل قبل أن يؤدى عنه؛ لأن دفعه فى معنى القرض، ونحن لا نشترط إلا رضا الضامن؛ لأنه المتبرع والباذل لماله، وقد تقدم فى الركن الثانى: الفرق بينه وبين البيع.

لنا: ما رواه أبو قتادة الأنصارى فارس رسول الله ﷺ قال: أَقْبَلَتْ جِنَازَةٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ: فَقَالَ ﷺ: «هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ»؟ فَقَالُوا: عَلَيْهِ دِينارَانِ، فَقَالَ ﷺ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»، فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللهِ فَصَلَّى ﷺ»[1].

وروى أبو سعيد الخدرى، قال: كُنَّا مَعَ رَسُولِ الله ﷺ فِى جِنَازَةٍ فَلَمَّا وُضِعَتْ قَالَ: «هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ»؟ قَالُوا: عَلَيْهِ دِرْهَمَانِ، فَقَالَ ﷺ: «صَلُّوا عَلَى

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٥٤٥) فى كتاب الحوالة: باب إن أحال دين الميت على رجل جاز (٢٢٨٩)، وفى كتاب الكفالة (٥/ ٥٥٤) باب من تكفل عن ميت دينًا (٢٢٩٥)، وأخرجه النسائى (٤/ ٦٥) فى الجنائز: باب الصلاة على من عليه الدين.

صَاحِبِكُمْ»، فَقَالَ عَلِيٌّ - رَضِيَ الله عَنْهُ -: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ الله، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ فَصَلَّى ﷺ فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ الْتَفَتَ إِلَيْهِ فَقَالَ لَهُ: «جَزَاكَ الله عَنِ الإِسْلَامِ خَيْرًا وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ»[(١)].

ولأنه معنى لا يمنع بقاء الضمان؛ فلا يمنع ابتداءه كالجنون.

والجواب عن الحديثين: أن معناهما: أن عليًا وأبا قتادة - رضى الله عنهما - ضمنا الإيصال، فوثق رسول الله ﷺ بقولهما؛ لأنهما تكفلا.

فائدة: امتناعه ﷺ من الصلاة يدل على أن الميت كان عاصيًا بسبب الدين، مع أن المداينة جائزة، لا سيما وفى بعض الأحاديث: «الْآنَ بَرُدَتْ جِلْدَةُ صَاحِبِكَ»[(٢)].

ويدل - أيضًا - على أن هذا الذنب كبيرة، فإن هذا الزجر العظيم إنما يكون بسبب كبيرة، وإلا فما من ميت إلا وله صغيرة بل صغائر.

وأجاب العلماء عنه أربعة أجوبة:

أحدها: أنه ﷺ فعل ذلك إحسانًا لا زجرًا ليبادر الناس إلى قضاء الدين عن المعسر.

وثانيهما: ليكف المعسرون عن المداينة بحسب الإمكان.

وثالثهما: أن المداينة لم تكن مشروعة فى أول الإسلام؛ لأجل الضيق، فلما فتحت الفتوحات شرعت؛ للتمكن من الأداء حينئذ.

ورابعها: أن صلاته ﷺ تقتضى الرحمة، والمغفرة، وتكفير الذنوب، ومع الدين لا يحصل فكاك منه إلى يوم القيامة؛ لأن حق الآدمى لا يسقطه إلا صاحبه، أو يأخذه، ولذلك قال ﷺ فى حديث أنس: «هل عليه دين»؟ قالوا: نعم قال: «فما تنفعه صلاتى وذمته مرتهنة بدينه ؟! فلو قام أحدكم فضمنه فصليت عليه كانت صلاتى تنفعه»[(٣)].

وفى هذا الركن خمس مسائل:

الأولى: فى الكتاب: إذا أديت حقا عليه بغير أمره، رجعت عليه، أو أديت عن

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٧٨) فى البيوع: حديث (٢٩١ - ٢٩٢)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٧٣) فى كتاب الضمان: باب وجوب الحق بالضمان.

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٣٣٠) والدارقطنى (٣/ ٧٩).

(٣) لم أجده بلفظه، وقد تقدم بمعناه.

صبى ما قضى عليه به بغير أمر وليه، رجعت به فى مال الصبى، وكذلك ما لزمه من قيمة متلف، أو أتلفه، أو أفسده، أو أخذه.

قاعدة: قال صاحب النوادر، وصاحب الجواهر فى كتاب «الإجارة»: كل من أدى عن أحد ما لا شأنه إعطاؤه، أو فعل له فعلا شأنه أن يؤدى فى عمله أجرة، كغسل يديه، ونحوه، فإنه يرجع عليه بذلك المال وأجرة ذلك العمل، كان واجبًا أم لا، خلافا للأئمة، فإنهم يعدونه متبرعًا.

لنا: أن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال، ولو صرح ههنا بذلك لزمه، فكذلك إذا دل عليه لسان حاله، كما وافقنا فى المعاملات، وغيرها فى تعيين النقد الغالب بلسان الحال، ومنفعة العين المستأجرة لما جرت العادة بمثله، وإن لم يصرح به، كتعيين [للغراس][1] جون الحفر، والثور للحرث دون الركوب، ونظائره كثيرة.

قال اللخمى: الكفالة على المولى عليه ستة أقسام: تلزم فى ثلاثة، وتسقط فى اثنين، ويختلف فى السادس.

فإن كانت فى أصل العقد، والحميل والمتحمل له عالمان بأنه مولى عليه، أو علم الحميل وحده - لزمت، أو علم المتحمل له دون الحميل، سقطت؛ لأنه أتلف ماله، وعن الحميل، أو هما جاهلان، وهى بعد العقد، سقطت؛ لأن الحميل لم يضر بشىء، وتحمل وهو يعتقد أنه رشيد، وإن كانت فى أصل العقد، وهما لا يعلمان بأنه مولى عليه، فعند عبد الملك: لازمة.

وعلى قول عبد الملك: إذا اشترى ثوبًا فأعطاه البائع غيره فقطعه، لا شىء على القاطع؛ لأن المالك أخطأ على ماله، وسلطه، لا يكون على المولى شىء؛ لأن البائع سلطه فإن كان موسرًا، قال الحميل: إنما كانت الحمالة خوف أن يفتقر، أو يجحد، وهذا موسر مقر.

وإن كان معسرًا: قال: إنما تحملت معتقدًا الرجوع، وإلا لم أتحمل.

وعلى هذا يجرى الجواب فى الحمالة بالصبى، ينظر: هل كانت فى أصل العقد، أو بعده؟ وهل يجهلان أن مبايعة الصبى ساقطة، أم لا؟ أو يعلم أحدهما، ويجهل الآخر، وتلك المداينة، أو المطالبة مما يلزم السفيه، أو الصبى؛ لأنها كانت بغير

---

(١) فى ط: للجر.

معاوضة، أو صرفاها فيما لا بد لهما منه من نفقة، أو كسوة، أو إصلاح متاع، أو عقار، جرت على حكم البالغ الرشيد.

الثانية: في الكتاب: باع من عبد سلعة بدين إلى أجل، أو تكفل عنه بدين ثم باعه أو أعتقه، فذلك في ذمته؛ لوصول المنفعة إليه، وذلك عيب في المبيع؛ لنقص الرغبات فيه بالدين فيثبت به الفسخ.

ومن له على عبده دين فأخذ به منه كفيلا، لزم ذلك الكفيل؛ لأن للسيد محاصة غرماء عبده.

الثالثة: في النوادر: إذا تحمل برجل فإذا هو مولى عليه، لزم الحميل الغرم، ولم يرجع هو، ولا الطالب بشيء عليه، قاله عبد الملك.

ولأن الطالب عامل المولى عليه قبل هذه الحمالة لم يلزم الحميل شيء، ولو كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون لليتيم الدار والحائط، فيسلفه النفقة، فهذا يلزم الحميل.

قال ابن القاسم: إذا تحمل بالصبي، فما يلزم الصبي لزمه، ورجع به في مال الصبي.

قال أصبغ: لو اشتريت من سفيه، أو بكر، وأخذت حميلا فما يلزمك من إبطال البيع والثمن، لزم الحميل[1] غرم الثمن؛ لأنه دخل عليه، ولا يرجع على أحد بعلمه.

ولو قال لك: ضمنت لك ما يلزمك من السفيه، لم أره شيئًا؛ لأنك لم يلزمك منه بل بسببه، إلا أن يكون السفيه هو الذي قام بذلك في ولايته، أو بعد رشده حتى فسخ ذلك، فلك الرجوع على الضامن عنه؛ لأنه من السفيه، كما قال.

الرابعة: في الجواهر: يصح الضمان عن الميت، خلف وفاء أم لا، وبه قال (ش)، وابن حنبل.

وقال: إن حلف وصالح، وإلا فلا من غير الوارث، وتصح من الوارث مطلقًا، فإن ضمن من الحياة ثم مات مفلسًا، لم ينقطع عند بعضهم، وينقطع عند آخرين.

وأصل المسألة: أن الدين عندنا باق لم يسقط بالموت، وعندهم يسقط.

---

(١) في ط: الثمن.

لنا: قوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[(١)] وهذا زعيم، ويؤكده حديث أبى قتادة وعلى - رضى الله عنهما - المتقدمان، ولم يسألهما ﷺ: هل على الميت دين أم لا؟ وهما أجنبيان من الميت.

وبالقياس على الحى، وعلى ما إذا ترك وفاء.

وهو تبرع بالدين عن الغير فيصح عن الميت؛ كالقضاء والإبراء، ولا يقال: الإبراء وغيره إنما يكون فى حكم الآخرة؛ لأنا نقول: بل الدين باق فى الدنيا؛ لأنه لو قتل عمدًا فصولح على الدم بمال، وفى منه الدين، ولأنا نقيس حكم الآخرة على حكم الدنيا.

احتجوا: بأنه دين سقطت المطالبة به، فلا يصح ضمانه؛ كما بعد القضاء والإبراء.

ولأنه مات مفلسًا، فلا يصح ضمانه؛ كالمكاتب.

ولأن الموت سبب ينافى ابتداء الديون، فينافى الحمالة بها؛ قياسًا للفرع على الأصل.

ولأنه لم تبق له ذمة؛ بدليل حول دينه، فلا يصح ضمانه قياسًا على المعدوم والمطلق.

ولأن الكفالة: الضم، ولم تبق ذمة يضم إليها عندها.

والجواب عن الأول: لا نسلم سقوط المطالبة، بل ذلك كالمفلس، فلو صولح على ذمة العمد توجهت المطالبة، ثم الفرق أن فى الإبراء والقضاء سقط الدين مطلقًا، وههنا تأخر ليوم القيامة.

عن الثانى: أن دين المكاتب سقط؛ لانفساخ العقد، وأسباب دين الميت باقية.

عن الثالث: أن الموت لم يناف تعلقه بالتركة، فيقاس عليه، وتعلقه بالضامن، بل أولى؛ لأن الضامن له مال وذمة، والتركة لا يتعدى الدين عنها.

عن الرابع: بل ذمته باقية، لقوله ﷺ فى بعض الأحاديث «مَا تَنْفَعُهُ صَلَاتِى، وَذِمَّتُهُ مُرْتَهِنَةٌ فِى قَبْرِهِ بِدَيْنِهِ»[(٢)] وإنما حل الدين؛ لأن الأجل: الرفق، والميت

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

لا يرتفق، وهو الجواب عن الخامس.

تفريع: فى النوادر قال: قال أشهب: إذا تحمل عن الميت لزمه، ولا رجوع له، فإن لم يكن للميت مال يوم تحمل، لزمه الغرم، ولا يرجع إن طرأ له مال، فإن كان له مال يوم تحمل، رجع فيه إذا قال: إنما تحملت لأرجع.

قال مالك: لبعض الورثة الحمالة بالدين المجهول على الميت، والتركة مجهولة القدر إلى أجل، على أن يخلى بينه وبين التركة، على أنه أفضل شىء بين الورثة، وبينه على فرائض الله تعالى، وإن نفد فعليه؛ لأنه معروف، كان الدين حالا أو إلى أجل، فإن شرط الفضل له، امتنع؛ لأنه غرر، وصار بيعًا يفسده ما يفسد البيع، إلا أن يكون الوارث واحدًا فيجوز.

ولو طرأ غريم لم يعلم به الابن، غرم له، ولا ينفعه قوله: لم أعلم به؛ لدخوله على الغرر، فإن كانت التركة ألفًا، والدين ثلاثة آلاف، والوارث ولد واحد فسأل الغرماء [. . .][1] بينه سنين، ويضمن له بقية دينهم فرضوا - جاز، قاله مالك ولأنه معروف للميت.

ولو كان معه وارث، وأدخله فى فضل إن كان، جاز، وإن طرأ غريم، لزمه.

الخامسة: فى الجواهر: تجوز الحمالة عن المفلس، وقاله الأئمة؛ لما تقدم فى الميت بطريق الأولى.

الركن الرابع: الشىء المضمون:

وفى الجواهر: يشترط أن يكون مما يمكن استيفاؤه من الضامن، أو ما يتضمن ذلك، كالكفالة بالوجه لمن عليه مال، ولا تذهب حمالة الكفالة، وقاله الأئمة.

وأن يكون ثابتًا مستقرًا أو مآله إلى ذلك، فيمتنع بالكتابة؛ لعدم الاستقرار، ولا تئول إليه؛ لأن العجز يفسخها، ولا تجعل الجعالة إلا بعد العمل؛ لعدم استقرارها قبله؛ لأن ما لا يستقر على الأصيل لا يستقر على الكفيل؛ لأنه فرعه.

ووافقنا الأئمة على الكتابة، وخالفنا ابن حنبل فى الجعالة؛ قياسًا على الأجرة فى الإجارة.

والغالب: وقوع الشروع واللزوم بخلاف الكتابة، ليست معارضة محضة،

---

(١) بياض فى ط.

لا سيما إن قلنا: له تعجيز نفسه.

وفى التنبيهات: الحمالة ثمانية أقسام:

مطلقة مبهمة، نحو: أنا حميل لك.

وبمال مطلق.

وبمال على أنه لا رجوع على المتحمل عنه، وهو الحميل.

وبالنفس بشرط: عدم لزوم المال.

وبالطلب.

ومترقبة بما يثبت على فلان.

وبما يوجبه الحكم عليه.

وبالجنايات.

وكلها جائزة لازمة، واختلف فى المبهمة إذا عريت عن القرائن: هل تحمل على المال أو النفس؟

وأما بالمال المطلق فيرجع بالمال على الأصيل إلا مسألة واحدة، وهى الصداق فى عقد النكاح:

ففى المدونة: لا يرجع.

وعنه: يرجع؛ كسائر الحقوق، وأما على ألا يرجع، فهل يحتاج إلى حوز فيبطل بموت الحامل أو لا؟ قولان:

وأما بالنفس، والوجه حمالة مطلقة، فالمشهور: سقوطها بإحضار الوجه، والغرم إذا لم يحضره.

وقال ابن عبد الحكم: لا يلزمه من المال شىء فى الوجهين.

وعن مالك: هى كحمالة المال يلزمه المال فى كل وجه، والحمالة المقيدة بالوجه لا يلزم فيها مال إلا أن يقدر على إحضاره فلا يمكن منه، ويرده فيهرب، فإن أتاهم على تعيينه حبس حتى يحضره.

وبالطلب: تصح فى كل شىء، وفيما يتعلق بالأبدان، وحقوق الآدميين، والقصاص إذا رضى بذلك صاحب الحق، وتركه، كحامل يحضره له متى شاء، ولا شىء على الحامل إن لم يحضره مما لزمه، إلا أن يعلم أنه يقره، وأمكنه فتركه حتى أعجزه فيسجن حتى يحضره، ويعاقب.

وأما المترقبة: فيلزمه ما ثبت بالبينة. وهل يلزمه ما يقر به المطلوب بعد إنكاره؟ خلاف.

وأما الجنايات، والحدود، والقصاص، وعقوبات الأبدان: فلا تصح على الجملة، وجوزها بعض العلماء؛ قياسًا على حمالة الوجه المقيدة، ولا شيء عليه إن لم يأت به، إلا عثمان البتي ألزمه في النفس والجراح دية المقتول، وأرش الجراح.

وعن أصبغ في المتعسف يأخذ الأموال والقتل يؤخذ، فيتحمل به أقوام عنه بما اجترم على الناس من قتل، ومال: أن ذلك يلزمهم كل ما كان يلزمه، إلا أنهم لا يقتلون فعليه، يريد: تلزمهم الدية في القتل.

قال اللخمي: إذا كانت تعرض في القذف، أو جرح، أو قتل، لم يجز بما يجب على المطلوب.

[وله أن][1] يتكفل بوجهه على أنه متى عجز عن إحضاره أخذ ذلك منه، ويجوز تطلبه خاصة؛ لأنه من حق الطالب، فإذا رضي بالانتصار عليه جاز، قاله القاضي إسماعيل.

وأما حق الله تعالى: لا يترك بحميل، بل يسجن حتى يقام عليه، وإن كانت حاملا من زنى، سجنت حتى تضع، فترجم إن كانت ثيبًا، أو تجلد بعد زوال نفاسها، فإن ذلك بإقرارها فأوسع لها؛ لأن لها الرجوع، ومن أجاز رجوعها من غير عذر، أجاز أن تترك بغير حميل، وإن تحملت فطلب من ثبت عليه حد بعد هروبه، فإن كان ثبت ذلك ببينة ألزم الوفاء بالحمالة، أو بإقرار، فهل يلزم الطلب أم لا؟ خلاف.

وفي هذا الركن أربع عشرة مسألة[2].

الأولى: في الكتاب: [إذا] قلت: ما كان لك قبل فلان ضمنته، لزمك ضمان ما استحق، وكل متبرع بكفالة تلزمه؛ لقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[3].

---

(١) في ط: ولأن.

(٢) ذكر المصنف إحدى عشرة مسألة فقط.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٦٣٤ - ٦٣٥) في الأحكام (١٣٥٢)، وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٧٨٨) في الأحكام: باب الصلح (٢٣٥٣)، وفي الباب عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٤) في الأقضية باب في الصلح (٣٥٩٤)، وأحمد في المسند (٢/ ٣٦٦)، وابن حبان، أورده الهيثمي ص ٢٩١ في القضاء: باب في الصلح (١١٩٩)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩) في البيوع: باب المسلمون على شروطهم. والطبراني في

فإن مت قبل ثبات الحق، فيثبت بعد موتك أخذ من تركتك؛ لأنه تقدم سببه فى الحياة، ولو قلت: احلف أن ما تدعيه قبل أخى حق، وأنا ضامنه، لزمك إن حلف، وإن مت ففى تركتك، وإن شهدت: أنك ضامن بما قضى لفلان على فلان، أو قلت: أنا كفيل بما له على فلان، وهما حاضران، أو غائبان، أو أحدهما - لزمك؛ لأن من ألزم نفسه معروفًا، لزمه، ولو قلت: بايع فلانًا، أو داينه فما فعلت من ذلك أنا كفيله، لزمك إذا ثبت مبلغه.

قال غيره: إنما يلزم ما يشبه أن يداين مثله، أو يبايع به؛ لأن حاله كالشرط فى شرطك، والأول لاحظ عموم شرطك، ومنعه مطلقًا؛ للجهالة عند التحمل.

ووافقنا (ح) ؛ قياسًا على ضمان الدر، ولو رجعت على الكفالة قبل المداينة، صح؛ لأنه لم يغره، بخلاف: احلف وأنا ضامن، لا ينفعك الرجوع قبل اليمين؛ لأنه حق واجب.

فائدة: فى التنبيهات: ذاب - بالذال المعجمة، وسكون الألف - ومعناه: ما ثبت وصح.

قال ابن يونس: لما جازت هبة المجهول جازت الحمالة به.

وعن ابن القاسم: إن تكفلت عنه، ولم تذكر ما عليه، جاز، فإن غاب المطلوب فأثبت الطالب من الكفيل، فإن لم يجد بينة وادعى أن له ألفًا، فله تحليف الكفيل على علمه، فإن نكل، حلف، واستحق، ولا يرجع الكفيل على المطلوب بما غرم بسبب نكوله، إلا أن يقوله المطلوب، وللوكيل تحليفه، فإن نكل، غرم.

وقوله: «احلف أن ما تدعيه قبل أخى حق...» إلى آخره: إن أقر المطلوب بما غرم الحميل، غرم له، وإن أنكره، فللحميل تحليفه، فإن نكل، غرم، وليس له تحليف الحميل؛ لأنه لا علم عنده، ولا الطالب؛ لأنه قد حلف أولا، فأشبهت يمينه يمين التهم التى بالنكول عنها يغرم.

وفى الموازية: المريض يقول: لى عندك كذا، ثم يموت - أن المطلوب يحلف، وإن لم يكن بينهما خلطة، إذ لا يتهم المريض فى هذه الحال، فإن نكل غرم إذا لم

الكبير (١٧/ ٢٢)، والمنتقى لابن الجارود (٦٣٨)، والدارقطنى فى السنن (٣/ ٢٧)، والبيهقى (٦/ ٦٣ - ٦٥).

يكن عند ورثته علم، وليس ذلك كهبة ما لم يقبض حتى مات الواهب؛ لأنها هبة الذى عليه الدين عن أصل معاوضة للذى له الدين، فلا يفتقر إلى القبض؛ كحمل الصداق على الزوج للزوجة لا يبطله موت الحامل.

وقول الغير إذا قال: «ما داينته به أنا كفيله، لا يلزمه إلا ما يشبه»، ليس خلافًا لابن القاسم.

والفرق: أن له الرجوع، بخلاف: احلف، وأنا كفيله، أنه فى الثانى حل محل المطلوب، والمطلوب لو قال ذلك، لم يكن له الرجوع.

وفى الأول كقولك: عاملنى، وأنا أعطيك حميلا، فلك الرجوع، فكذلك هو؛ لأنك لم تدخله فى شىء.

قال اللخمى: فى قوله: «احلف أن ما تدعيه قبل أخى حق»، لا يرجع على أخيه؛ لأن بساط قوله يقتضى تبرئة أخيه فى هذه المحاصة، ولا يحلف له.

وقوله: «ما ثبت لك قبل فلان»، ثم يموت ويثبت الحق:

قال ابن القاسم: هو فى ماله.

وقيل: الحمالة ساقطة؛ لأنها بعد العقد تجرى على أحكام الهبات إذا مات الواهب قبل القبض؛ لأن الحميل سلف الغريم، وسلفه منفعة، وسواء كانت الحمالة بسؤال من الغريم أو من الطالب، وإن كانت فى أصل العقد لم يسقط بموت الحميل، أو بعد العقد، وأغرم الغريم بعد الحمالة فهى كالحمالة فى أصل العقد.

ومن قال: داينه، وأنا كفيل، لم يكن له الرجوع إن سمى القدر الذى يداينه به، وإلا ففى المدونة: له الرجوع.

واختلف قول مالك فى هذا الأصل، إذا اكترى مشاهرة.

فقيل: لا يلزمه.

وعنه: يلزمه شهرًا.

وإن أعرت أرضًا، ولم تضرب أجلا، هل تلزمه إلى مدة مثلها، أو هى غير لازمة؟

فعلى الأول: تلزمه مداينة مثله، وإن كانت مدة لزمت الأولى، ويسقط فوق ما يداين به.

وإن عامله بأكثر تعلق وأخذ فوق ما يعامل به، سقط عن الكفيل جميع ذلك، فإن

ثبتت المداينة فكما تقدم، فإن لم يعلم إلا بالإقرار:

فعن مالك: يلزم إذا رأى الشهود المبتاع، إلا أن يكون إقراره بعد قيام الكفيل.

وقوله: «لا يداينه»، وهو أحسن [من] ما فى المدونة من اشتراط الثبوت؛ لأن البزاز عادته المداينة بغير بينة.

ويختلف - أيضًا - إذا قال: تداينه، فقال: قد كنت داينته، وقد مضت مدة تداينه فى مثلها؛ لأن ذلك لا يعلم إلا من قوله، إلا أن يقوم دليل كذبه.

الثانية: فى الكتاب: إذا أخذت من الحميل حميلا، لزمه ما لزم الأصيل؛ لأن الحمالة حق لك على الحميل، فلك أخذ الحمالة بها كسائر الحقوق.

ووافقنا (ح)، وابن حنبل غير ابن القاسم.

وكذلك لو تحمل رجل بنفس رجل، وتحمل آخر بنفس الحميل، أو تحمل ثلاثة رجال بنفس رجل، وكذلك كل واحد منهم بصاحبه، ومن جاء به منهم برئ والباقيان؛ لأنه كوكيلهما فى إحضاره، فإن لم يكن بعضهم حميل بعض، برئ وحده.

قال ابن يونس: إن[1] كان الأول حميلا لوجه الأصيل، والثانى حميلًا عن الحميل بالمال، فمات الأصيل برئ حميل الوجه لتعذره، وحميله يبرأ تبعًا له، وإن لم يمت الأصيل فغاب حميل الوجه والحميل عنه بالغرم معدم أو موسر، برئ؛ لأن من تحمل عنه يبرأ بذلك، وإن مات حميل الوجه لم تسقط الحمالة - عند ابن القاسم - بموته، وسقطت عند عبد الملك، وكأنه إنما التزم المجىء به إذا كان حيًا.

وعلى قول ابن القاسم: يلزم الوارث أن يأتى بالذى عليه الدين، ولعله يريد: إذا حل أجل الدين، لا قبله، لا فائدة فيه، وكذلك حميله، يقال له ما قيل لوارث الحميل، وإن مات حميل الحميل الذى تحمل بالمال، بقيت الحمالة.

ولم يذكر ابن القاسم الأخذ؛ لأنه تحمل بحميل تحمل بالوجه، وحميل الوجه لا يطالب قبل الأجل.

قال: وأرى: أن يلزمه الغرم - على مذهب ابن القاسم - فى الحميل بالمال يموت قبل محل الأجل، فقد قال ابن القاسم: يلزمه الغرم، ولو لم يتوجه على

---

(١) فى ط: إنما.

الغريم غرم ولأجل الأجل، فكذلك حميل الحميل.

وعلى قول عبد الملك فى موت الحميل بالمال، يوقف المال؛ لأنه يرجع، ولم يتوجه الآن، وكذلك يكون الحكم عنده فى حميل الحميل.

قال اللخمى: الحمالة بالحمالة إما بالمال أو بالوجه، أو أحدهما بالمال، والآخر بالوجه، فالأول: إن غاب الغريم، أخذ الحميل الأول بالأداء عنه بعد محل الأجل، فإن وجد غريمًا[1] أخذ الثانى، وإن غاب الحميل الأول، كلف الثانى إحضار الغريم أو الحميل، فأيهما حضر موسرًا برئ، وإلا غرم الكفالة بالمال، وإن غابوا كلهم أبرئ بالقضاء من مال الغريم؛ لأنه الأصل، فإن أعدم فالحميل الأول؛ لأنه أصل الثانى، فإن لم يوجد فالثانى، وإن كانا حميلين بالوجه، وغاب الأصل: كلف الأول إحضاره ويبرأ، فإن عجز، غرم المال، فإن كان معسرًا، لم يغرم الثانى؛ لأنه حميل وجه، والذى تحمل به حاضر، وإن غاب الغريم، والحميل الأول، لزم الثانى إحضار أحدهما، ويبرأ، فإن كان الذى حضر معسرًا، وإلا غرم المال، وإن غابوا كلهم، ووجد مال الآخر، أخذ، إلا أن يثبت فقر الغريم، أو الحميل، وإن كان الأول حميلا بمال، والثانى بالوجه، وغاب الأصيل، غرم الأول، ولا شىء على الثانى إن كان الأول فقيرًا؛ لأنه حميل وجه حاضر، أو غاب الغريم والحميل، فأحضر الآخر الغريم موسرًا أو الحميل، وإن كان معسرًا، وإلا غرم، وإن غابوا كلهم ووجد للآخر مال، أخذ، إلا أن يثبت عسر الحميل الأول.

وإن كان الأول حميل وجه، والثانى بالمال، فغاب الأصيل - كلف الأول إحضاره، فإن عجز، غرم، وإن كان فقيرًا، غرم الآخر؛ لأنه حميل مال، وإن غاب الغريم، والحميل الأول فأحضر الأخير أحدهما، برئ، إلا أنه لا يبرأ بإحضار الحميل إلا موسرًا، ويبرأ بإحضار الأصيل مطلقًا؛ لضمانه عن الأول المال، والأصيل لم يضمن إلا وجهه، وقد حضر.

وإن كانت الحمالتان بالمال فمات الغريم: أخذ من ماله، فإن لم يخلف شيئًا، غرم الأول بعد الأجل، فإن أعدم غرم الثانى، أو مات الأول، ولم يجد، إلا إن لم يوجد الآن من تركته شىء حتى يحل الأجل على الصحيح من المذهب.

---

(١) فى ط: غيمًا.

ويبتدأ[١] بمال الغريم، فإن لم يوجد له شيء أخذ من الأخير، وإن كانا حميلى وجه فمات الغريم سقطت الحمالتان لتعذر الوجه، وإن مات الأول سقطت عن الثانى، واتبعت ذمة الميت إلا أن يكون الغريم موسرًا، وإن مات الآخر، لم تسقط الحمالة عنه، على قول مالك، وسقطت على [قول] عبد الملك، فإن مات الأخير، بقيت الحمالتان.

الثالثة: فى الكتاب: إذا تكفلت له بما يلزمه من درك فيما اشتراه، جاز، وقاله الأئمة.

وإن خالف بعضهم فى ضمان المجهول لأجل الحاجة فى تسليم الثمن والمثمن، ولزمك الثمن والمثمن، ولزمك الثمن حين الدرك فى غيبة البائع، أو عدمه.

ولو شرط خلاص السلعة، امتنعت الكفالة، ولم تلزم؛ لأنه لا يدخل تحت[٢] قدرة الكفيل.

قال غيره: يلزمه، وهو إدخال المشترى فى غرم ماله، فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق، أو الثمن الذى أدى إلا أن يكون الغريم مليًا حاضرًا فتبرأ.

ولو شرط المبتاع على البائع خلاص السلعة فى الدرك وأخذ منه بذلك كفيلا بطل البيع والكفالة؛ كمن باع ما ليس له وشرط خلاصه.

وفى التنبيهات: قوله فى المسألة التى خالف فيها الغير، ثم ذكر اشتراط المشترى على البائع خلاصها وأخذ منه كفيلا لا يحل.

وقال فى اشتراطه على البائع فاسد قبل الكلام الأول ولم تكن الكفالة مشروطة فى العقد فسقطت، وصح العقد.

وفى الآخر: مشروطة فى العقد ففسد الجميع، وإنما كانت بين الكفيل والمشترى دون البائع، وقيل وقبل [كذا] بل يعرض أولا للزوم الكفالة، وإسقاطها، وتكلم آخرًا على جواز البيع، وفساده، وقيل: يختلف فى جوازه، وإسقاط الشرط، أو يصح إن أسقط الشرط، ويفسد بالتمسك به، وقول الغير: يرجع بالأقل من قيمتها يوم استحقت، يدل على أنه إنما تعلم إذا استحقت، قالوا: ولو لم يستحق، وفاتت، أو

---

(١) فى ط: ويلتدا.
(٢) فى ط: تحل.

الثمن، رد البيع، ولزم المشترى القيمة، ولو وجد عديما لم يكن على الكفيل شىء؛ لأنه إنما ضمن تخليصها من الاستحقاق، وقد سلمت منه.

واختلف: لو كان الضمان بالثمن لا بخلاص السلعة، وفسد البيع بما قارنه من علل الفساد: هل تسقط الكفالة بكل حال؟ قاله ابن القاسم، وأشهب.

وقال عبد الملك: تثبت الكفالة بثبات البيع الفاسد بالفوات فيه، وعلى الكفيل الأول من قيمة السلعة أو الثمن.

وعن ابن القاسم: يلزم بعلم الكفيل وحضوره فساد العقد.

قال التونسى: الأصل: أن العقد إذا فسد بين المتبايعين وقد دخلا فيه مدخلا واحدًا، لم تلزم الكفالة عند ابن القاسم؛ لأن الفساد من قبل المتبايعين، فبطل الضمان؛ لبطلان أصله.

والقول الثانى بنى على أن الحميل على البائع، فلولاه لم يرض بمبايعة المشترى، فيكون حميلا بقيمة ما أخرج من يده، إلا أن يكون أكثر من الثمن فيسقط الزائد؛ لأنه إنما دخل على الثمن، ويريد بالقيمة يوم الاستحقاق: يوم القبض.

وكذلك لو باع منه دينارًا بدرهم إلى أجل، وأخذ حميلا، الزمه الأقل - على مذهب غير ابن القاسم - مع أنه روى عن ابن القاسم، وعلى ما فى المدونة: تبطل الحمالة.

أما لو رهنه لذلك رهنًا، لكان الرهن رهنًا بالأقل كله، وقيل: يقضى، نحو: أن يعطى دينارًا فى عشرين درهمًا قيمة الدينار عشرة دراهم، فيصير كأن نصف العشرين بطل، فبطل لذلك نصف الرهن، فيبقى نصفه رهنًا فى الدينار.

وعلى ما فى المدونة: كله رهن بالعشرة؛ لأن ما بطل منه فقد نسبه نقضًا[1] بعض الدين.

قال التونسى: فإن أعطاه حميلا قبل الأجل على أن يؤخره بعد الأجل، أو رهنًا، امتنع؛ لأنه سلف ينفع، فإن لم يحل الأجل سقط الرهن والحميل، وإن دخل فى الأجل الثانى، سقط الحميل على ما فى المدونة.

وثبت على قول غيره؛ لأنه كالمخرج من يده شيئًا، لإمكان أن يكون قادرًا عند

---

(١) كذا فى ط.

الأجل على الأخذ منه، فصار الحميل أوجب تأخيره، وأوجب الإخراج من يده، وأما الرهن فرهن إذا أدخل فى الأجل الثانى. ولو أعطاه حميلا، أو رهنًا إلى مثل الأجل، لجاز، إذا كان الدين عينًا أو عرضًا من القرض، أما عرض من بيع فيمتنع؛ لأن الغريم لا يقدر أن يدفعها قبل الأجل.

ولو كان له عليه عشرة إلى شهر، فأخذ منه حميلا على أن يضع عنه درهمين، منعه ابن القاسم؛ لأنه ضامن بجعل، والحميل وإن لم يأخذ الدرهمين، فكأنه قال للذى له الدين: هبها للذى عليه الدين؛ كما لو قال: لا أضمن حتى تهب لفلان دينارين.

وقال أشهب: إذا حط عنه على أن يعطيه حميلا، أو رهنًا إلى أجل تجوز؛ لأنه معروف لغير الضامن.

وقال أصبغ: لو أعطاه دينارًا على أن يأتيه بحميل إلى أجل جاز، كما حطه من دينه.

والأشبه: قول ابن القاسم؛ لأنهم لم يختلفوا: لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنه ممتنع؛ لأن رب المال حط من ماله لأمر يمكن أن يحتاج إليه، وقد لا يحتاج فهو غرر، وأما إذا حل الأجل فأعطاه حميلا على أن يضع عنه، جاز؛ إذ لا غرض فى هذا، إذا كان الغريم موسرًا، وأما معدمًا، فيمتنع على مذهب ابن القاسم؛ لأنه لما امتنع أخذ منه أشبه ما لم يحل، فيجرى فيه الخلاف المتقدم.

فإن أعطاه حميلا بعد حلول الأجل، ولم يضع عنه شيئًا، على أن يؤخره، وهو موسر: فيجوز، فإن كان معسرًا وأخره مدة تيسر فيها، امتنع بمنزلة إعطائه حميلا قبل الأجل على أن يؤخره بعد الأجل، وذلك إذا كان تيسرًا إلى شهر، وكان الدين لم يحل بعد، وحلوله إلى شهر، وإعطاؤه حميلا على أن يؤخره إلى شهرين صار[1] دفع ما لا يلزمه من الحميل؛ لتأخيره إياه بعد يسره شهرًا.

وإن كان إنما أعطاه حميلا قبل الأجل إلى الأجل، جاز؛ لعدم النفع به فى ذلك؛ لأن المعسر مثل ما لم يحل، إلا أن يكون معه سلف ثان، فلا يحل ذلك.

---

(١) كذا فى ط.

وإن كان الحميل إلى الأجل الذى تيسر إليه، وذلك أنه إذا كان معسرًا فالحكم يوجب تأخيره بغير حميل، فكأنه قال لى: أنا أعطيك حميلا لا يلزمنى، بشرط أن تسلفنى سلفًا جر نفعًا - فيمنع.

ولو كان له عنده عشرة دنانير سلفًا لم تحل، فباعه سلعة بعشرة على أن يعطيه حميلا بالسلف - منعه ابن القاسم؛ لإسقاط بعض الثمن للحمالة، وجوزه أشهب.

ولم يختلفوا إذا كانت العشرة الأولى ثمن سلعة لم تحل، فأسلفه عشرة على أن يعطيه حميلا بالأولى - أنه يمتنع؛ لأنه سلف للنفع، وكأنه جعل درهمين لمكان المضار، فصارت ثمانية يأخذ فيها عشرة.

فإذا قال له بعد الأجل: أسلفنى مالا آخر، وخذ رهنا بالجميع، وأخرنى بذلك، أو: خذ منى حميلا بهما - جاز قبل تبين عدمه.

قال محمد: أما فى الرهن: فيجوز، وإن كان عديمًا، إذا كان الرهن له؛ لأنه ليس بعديم لملكه الرهن، ما لم يكن عليه دين يحيط به، فيمتنع؛ لأنه إذا حاصص أخذ أقل، فقد أسلفه السلف الثانى؛ ليختص بالرهن دون الغرماء.

وأما فى الحميل إذا كان معدمًا يمتنع كغير الحال، فكأنه حميل قبل الأجل بشرط السلف، وإن كان الذى عليه الدين هو السائل للحميل أن يتحمل عنه بجعل ففعل، سقط الجعل؛ لأنه عن السلف.

وأما الحمالة: فإن لم يعلم المتحمل له، ثبتت، أو علم، سقطت، والفرق بين هذا وبين الحمالة إذا فسدت من عقد المتبايعين: جعلها ابن القاسم غير لازمة؛ لأنها أوجبت غررًا فى أصل البيع، لهذا الغرر[1] أم لا.

وفى الموازية: إذا باع على: إن مات الحميل قبل الأجل فالتباعة فى تركته، وإن مات صاحبه قبل ذلك، فلا حمالة منع ابن القاسم البيع وأسقط الحمالة، وجعل على المشترى قيمة السلعة إن فاتت.

وقال أصبغ: الشرط ثابت.

وكذلك لو تحمل إلى قدوم فلان، أو إلى أجل كذا على أنه إن قدم فلان قبل ذلك، فلا حمالة عليه - فيجوز، ولا غرر فيه بين الحميل والبائع، ولا فى المبايعة.

---

(١) كذا فى ط.

قال التونسى: والأشبه: ما تقدم؛ لأنه غرر فى الثمن؛ لأن العادة: الحط فى الثمن لمكان الحمالة، فإن قيل بأن الحميل قد يموت عديمًا قيل: كما يموت الغريم عديمًا، فهو أمر لا يتحفظ منه، وقد أجيز رهن الغرر كالآبق.

قبل: ينبغى على هذا: منعه فى عقد البيع بل بعده، ولم يجزه فى المدونة فى عقد البيع، فيحمل على أنه بعده.

قيل: الرهن قد يموت، فيبقى البيع بلا رهن مع أنه حط من الثمن لأجله.

قيل: هذا أمر حدث لم يدخل عليه، وهو أخف من الذى دخل عليه رهن الغرر فى العقد.

قال اللخمى: والاستحسان: قول الغير فى الكتاب: لأن الأقل هو الذى أتلفه الحميل بحمالته، وهذا إذا كان المشترى، والحميل يجهلان فساد ذلك، فإن علما أو المشترى، لم يلزمه شىء؛ لأنه لم يغره، وإن علم الحميل وحده، لزمه؛ لأنه غره، وإذا فسد البيع فى هذه الصورة، وفسخ فوجد البائع فقيرًا، لم يطالب الحميل؛ لأنه إنما التزم المطالبة إن استحقت، ولم تستحق، وإن كانت الكفالة بالثمن ففسخ البيع للفساد، فعلى الكفيل الأقل من القيمة، أو الثمن؛ لأن الثمن هو الذى تحمل به، وإن زاد لاحظنا الإتلاف، ولو كان المبيع مما يرجع فيه بالمثل عند الفساد، والحمالة بالثمن، وهو غير[1] لجرت على الخلاف: هل تسقط الحمالة، أو تلزم على قول الغير؟ لأن المثل لم يتحمل به:

فيسقط على قول مالك.

وعلى قول الغير: عليه الأقل من المثل أو الثمن.

وإن كان الثمن مؤجلا، لم يغرم بحل الأجل، ومتى كانت الحمالة فاسدة؛ لأجل أنها بجعل، وهو منفعة للغريم، كالحمالة لحال يؤخره، أو بما لم يحل يأخذه إذا حل الأجل فيختلف فيها، فإن كانت المنفعة للحميل، رد الجعل قولا واحدًا، أو يختلف الجواب فى ثبوت الحمالة، وصحة البيع، فتارة: يسقط، ويثبت البيع، أو يثبتان، أو يختلف فى ذلك؟ ثلاثة أقسام.

فإن كان الجعل من البائع، سقطت الحمالة؛ لأنه إنما التزم بعوض، وقد فات،

---

(١) كذا فى ط.

والبيع صحيح؛ لعدم دخول المشترى فى ذلك، أو من المشترى والبائع [. . .][1] جاز البيع، ولزمت الحمالة؛ لأنه غره حتى أخرج سلعته، ويختلف إذا علم البائع:

فعن ابن القاسم: إذا علم صاحب الحق سقطت الحمالة، ويخير فى سلعته بين الإجارة بغير حميل وردها.

وقال محمد: الحمالة لازمة إذا لم يكن لصاحب الحق فى ذلك سبب، ويختلف على هذا: إذا باع سلعة من رجل على أن يزن عنه فلان الثمن بجعل جعله له المشترى، يخرج على الخلاف المتقدم.

وإذا أعطاك حميلا بالمؤجل أجلا، جاز، أو لتعجله، فإن كان عينًا أو عرضًا من قرض، جاز؛ لصحة تعجيله، وإن كره القابض، أو من بيع، وقصد منفعتك، جاز، أو إسقاط الضمان عن نفسه، امتنع؛ لأنه ضمان بجعل.

وإن حل بإعطائك على أن يؤخره، وهو موسر بجميع الحق، جاز، أو معسر، وهو موسر عند الأجل، أو دونه جاز، فإن كان بيسر قبله، منعه ابن القاسم، وأجازه أشهب.

أو موسرًا بالبعض، أعطاك حميلا بذلك القدر ليؤجره به، جاز، أو ما هو به معسر، ويعطيك الآن ما هو به موسر: جاز، فإن كان يؤجره بالجميع، امتنع؛ لأنك لم ترتبه بما هو به معسر إلا لمكان تأخيره بما هو به موسر، فهو سلف جر نفعًا، وقبل الأجل ليؤخره بعد الأجل يمنع الحمالة؛ لأنك لم توثقه قبله إلا لسلفه، وهو التأخير بعد الأجل، وتسقط الحمالة.

واختلف إذا دخل فى الأجل: هل يلزم أم لا؟

قال: ولا أرى أن يلزم، إذا لم تتغير ذمة الغريم عن الحال التى كانت عليه عند محل الأجل، فإن تغيرت بنقص، فعلى الحميل ما دخل على الطالب من النقص؛ لمكان التأخير، وإن شرط: أنه لا يكون حميلا إن وقع فلس، أو غيبة فى الأجل الأول، وإنما يكون حميلا فى الأجل الثانى، جرى على ما تقدم، إذا تحمل بعد الأجل ليؤخره، هل هو موسر أو معسر بالكل أو البعض؟

والرهن يجرى فى الصحة وعدمها على ما تقدم فى الحميل، إذا كان لغير الغريم،

---

(١) بياض فى ط.

كالمستعير ليرهن، أو ملكًا له أعطاه بعد الأجل ليؤخره به، جاز؛ لأنه موسر به.

الرابعة: في الكتاب: يمتنع بمبيع معين، كان حاضرًا أو غائبًا، على صفة قريب الغيبة، أو بعيدها، كما يمتنع ضمان البائع لمثله إن هلك، وصرح الأئمة بأن ضمان المعينات لا تصح، كالودائع، والعوارى، ومال القراض، ومال الشركة، والعين المستأجرة.

قال (ح): بخلاف المغصوب، والمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض على السوم، والدابة المستأجرة بغير عينها؛ لأن هذه المستثنيات مضمونة على الأصيل، فضمنها الكفيل.

ونحن نقول: القبض للسوم لا يوجب الضمان، وساعد على الباقى فى أنها مضمونة على الأصيل.

وقال الشافعية: لا يصح كل ما هو أمانة أن يضمن، بخلاف المغصوب، والمبيع قبل القبض، والكل متفقون على: أن الكفيل لا يصح ضمانه حيث لا يضمن الأصيل؛ لأنه فرعه.

الخامسة: فى الكتاب: يمتنع بكتابة المكاتب، وقاله الأئمة بعدم استقرار الكتابة، بخلاف مال عجل عتق المكاتب عليه، أو قلت له: عجل عتقه، وأتى بباقى كتابته كفيل لحصول الاستقرار، ولك الرجوع بذلك على المكاتب؛ لأنك أديت عنه ما قد استوفى عوضه، وهو العتق، فهو مستقر؛ كالثمن.

قال اللخمى: لو كانت الكتابة نجمًا واحدًا، وقال الحميل: لك على إن جئتنى لانقضاء الأجل وعجزت أديت عنه، جاز اتفاقًا.

السادسة: فى الكتاب: يجوز بدين مؤجل قبل الأجل؛ لأنه مستقر، وقاله الأئمة.

وكذلك الرهن، على أن يوفيك حقك إلى أجل أو دونه، ويجوز تأخيره له بعد الأجل بدين، أو حميل؛ لأنك ملكت قبض دينك الآن، فتأخيرك ابتداء سلف على رهن، أو حميل، وإن لم يحل الأجل وأخرته إلى أبعد منه بحميل، أو رهن امتنع؛ لأنه سلف نفع.

وقال غيره: لا يلزم الحميل شىء، ويبطل الرهن، وإن قبض فى فلس الغريم، أو موته.

وفى النكت: الحميل والرهن على أن يوفى دون الأجل، إنما يصح إذا كان دون الحق عينًا، أو عرضًا من قرض، ويمتنع فى العرض من البيع؛ لأنه: حط عنى الضمان وأزيدك.

قال ابن يونس: قال مالك: تمتنع الحمالة بجعل، فإن ترك، وعلم صاحب الحق، سقطت الحمالة، ورد الجعل، وإن لم يعلم، لزمت الحمالة الحميل ويرد الجعل على كل، قاله ابن القاسم.

وكل حالة وقعت لمحرم بين البائع، والمشترى فى أول أمرهما أو بعد، سقطت عن الحميل، علم صاحب الحق أو الذى عليه الحق بسبب التحريم أو حامله، أو لم يعلم بذلك صاحب الحق، فالحمالة لازمة للحميل، قاله أصبغ.

وقوله فى الكتاب: قال غيره: لا يلزم الحميل شىء، ولا يكون الرهن به رهنًا، وإن قبض فى فلس الغريم، أو موته أراه إنما قال ذلك؛ لأن الرهن لم يكن فى أصل الدين، ولو كان لكان المرتهن أحق به من الغرماء، وإن كان فاسدًا.

قال أشهب: ومن لك عليه عشرة قرضًا وبعته سلعة على أن يعطيك بالسلف رهنًا، جاز، ولو كانت العشرة الأولى من بيع، وأسلفته عشرة على أن يرهنك بالعشرة الأولى، امتنع؛ لأنه سلف للنفع، والأول تبع للنفع.

ومنعه ابن القاسم فى الوجهين؛ لأن فى الأول: رهن تحمل، وهو حرام؛ لبيعه السلعة، بل قال[1] من قيمتها، فالمتروك جعل.

وجوز أشهب الرهن بالجعل؛ لأن الجعل فيه إنما يحصل إلى غريمه، فهو كالوضيعة له من حقه بعد أن حل على أن يرهنه، والجعل فى الحمالة للحميل، فهو بغير غريمه فيغرم، ولو كان الغريم له الجعل، جاز، ولو كان الرهن لغير غريمه بجعل من الغريم، لم يجز، وينقض الرهن إن علم رب الحق، وإلا ثبت الرهن، وسقط الجعل.

قال أشهب: إن حط عنه على أن يعطيه رهنًا، أو حميلا إلى أجل، جاز.

قال أصبغ: ولو أعطيته دينارًا على ذلك، جاز؛ كما لو حططته من دينه عنه.

ومنعه ابن القاسم.

---

(١) كذا فى ط.

ولم يختلفوا أن الذى عليه الدين لو سأل أن يحمل عنه بجعل، امتنع، فكذلك إذا حط عن الذى عليه الدين، فقول ابن القاسم أشبه؛ لما فى ذلك من الغرر، وأما إذا حل الأجل، وأعطى حميلا على أن يضع، جاز؛ لأنه لا غرض له فى هذا إذا كان الغريم موسرًا، وأما فى المعدم فينبغى أن يمنع على مذهب ابن القاسم.

وفرق محمد بين كراء المبتاع ليرهن، فيمتنع؛ لأن أمد الرهن يزيد بالمطل فى الدين وبين كرائه كلبس[1] فيجوز للانضباط، ولرددت الكراء لزيادة المطل صرف، كأنك وحدك رب الدين بزيادة.

وعن أشهب فى الرهن فى البيع الفاسد، وفاتت السلعة: أن الرهن رهن بالأول. وإن كان حميلا بطلت الحمالة، وابن القاسم يبطلها؛ لبطلان الأصل.

قال ابن القاسم: إن تحمل فى البيع على أنه إن مات قبل الأجل، فلا يؤخذ من تركته، أو مات البائع قبل الأجل، فلا حمالة، والبيع حرام؛ للغرر فى الثمن، والحمالة ساقطة لبطلان أصلها، وأجاز ذلك أصبغ.

وقال: أجاب ابن القاسم على غير تأمل؛ لأنه ليس الشرط بين البائع والمبتاع، بل بينه وبين الحميل.

قال ابن حبيب: يجوز بيعك لثلاثة بعضهم حميل بعض، إذا لم يكونوا شركاء فى غيره؛ لأنه ضمان بجعل.

قال اللخمى: إذا شرط الحميل: أنه لا يؤدى إلا أن يموت هو، أو يموت المكفول - جاز، ويلزم الشرط، أو يقول: إن لم يحل الأجل، ولم يتوجه طلب حتى متُّ فلا شىء علىَّ؛ لأنى أكره أن يطلب ورثتى، أو حتى يموت المكفول، فلا أؤدى عنه - فله شرطه، وإن كانت فى فرض، أو بعد عقد البيع، فالحمالة جائزة، فإن وقعت فى عقد البيع:

فقال ابن القاسم: إذا شرط: إن مات البائع أو الحميل سقطت الحمالة عن الحميل، فسد البيع، وسقطت الحمالة الآن، وجوز أصبغ البيع، وأسقط الشرط.

قال محمد: أى: قول ابن القاسم إذا وقع البيع بذلك، أما إذا لم يكن للمشترى مدخل، جاز البيع.

---

(١) كذا فى ط.

قال اللخمى: وأرى إن كان المشترى فقيرًا، أو يخشى: أن يفسد البيع، وإذا كان موسرًا، ووقع ذلكَ على وجه الاحتياط، لجاز، وإن علل الحميل الأداء بموته، وكانت الحمالة فى أصل عقد البيع أو القرض، كانت من رأس المال، أو بعد العقد فمن الثلث؛ لأنها تبرع، والكفالة إلى العطاء، كذلك تجوز كانت عن قرض أو بعد عقد البيع.

ويختلف إذا كانت فى أصل العقد، والثمن إلى أجل معلوم، فإن كان أجل البيع لذلك أيضًا، فسد إذا لم يكن المشترى من أهل الديون للجهالة.

واختلف: إذا كان من أهل الديون وممن له حظ: كره مالك، ثم قال: فيه رفق بالناس؛ لحاجة الجند لذلك، وقد قال ﷺ لأصحابه فى سبى هوازن: «وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ عَلَى حَقِّهِ حَتَّى نُعْطِيَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يُفِيءُ الله عَلَيْنَا»[1].

السابعة: فى الكتاب: لا كفالة فى الحدود، والأدب، والتعزير، ولا تلزم، ولا فى دم، ولا ممن أجرته لخدمة شهر، أو ليخيط ثوبك بنفسه، بخلاف الحمولة المضمونة، ويمتنع فى دابة بعينها، إلا أن يتكفل بنفقة الكراء عند موتها، فيجوز، وكذلك أجير الخياطة، والخدمة.

فإن هرب الكرى فى المضمون فأكرى لك الكفيل نصف الأجرة، رجع الكفيل عن الكرى بذلك، إلا بالكراء الأول.

ووافق الأئمة فى امتناعها فى الحدود.

وقال أبو يوسف: يجوز فيها بالوجه؛ لأن الحضور مستحق لسماع البينة، أما بالحدود نفسها فلا.

قال اللخمى: متى كانت الإجارة على عمل رجل معين، أو حمل مائة بعينها جازت الحمالة بالأجرة إن مات المغير أو استحق، ويمتنع بالعمل والحمل، أو مضمونة: جازت بالعمل؛ لأنه مضمون على الأصل، ويمتنع بالأجرة أن يرد إلى دافعه، وإن كانت ليستأجر به جاز، فإن فضل شىء رد على الحميل، فإن عجز لم يكن عليه شىء، وإذا غرم الحميل وأراد الرجوع بالإجارة، أو غيرها: فإن اشترى

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٨٣ - ٤٨٤) فى كتاب الوكالة: باب إذا وهب شيئًا لوكيل (٢٣٠٧) من حديث مروان بن الحكم، والمسور بن مخرمة.

ذلك لغريم رجع بالثمن، كان المتحمل به عرضًا أو مكيلا، وإن غرمه من ذمته، وهو مكيل أو موزون، رجع بمثله، فإن كان قيميًا:

فعن ابن القاسم: يرجع بمثله كالأول.

وعنه: بقيمته.

وقد تقدم أن من شرط المضمون أن يمكن استيفاؤه من الضامن؛ فلذلك تتعذر في الحدود والمعينات.

الثامنة: في الكتاب: إن لم يوفك حقك فهو عليّ، ولم يضرب لذلك أجلا، يتلوم له الإمام بقدر ما يرى، ثم يلزمه المال، إلا أن يكون الغريم حاضرًا مليًا، وإن لم يوفك حتى يموت فهو عليّ، لا شيء عليه حتى يموت الغريم، ويجوز إلى خروج العطاء، وإن كان مجهولا، إن كانت في قرض أو في تأخير ثمن مبيع، ويمتنع في أصل البيع؛ لأن البيع إلى أجل مجهول حرام.

التاسعة: قال صاحب البيان: إذا أعطاك رجل دينارين في دينار، ويتكفل بهما آخر لك:

قال ابن القاسم: إن علم الكفيل بذلك، فعليه الدينار الذى أعطيته، وإن لم يعلم بل قلت له - وهو لا يعلم -: تحمل بهما إلى شهر، ثم علم، فلا شيء عليه؛ لأنه يقول: لو علمت لم أدخل في الحرام، وكذلك دينار في دراهم إلى شهر، إن لم يعلم فلا شيء عليه، وإن علم قبل خروج الدراهم اتبع بها الدينار، واتبع أنت صاحبك بالدراهم، فإن كانت الدراهم أكثر من ثمن الدينار، اشترى دينارًا بما بلغ، ودفع إليه، واتبع هو صاحبه بثمن الدينار فقط، وأمسك هو فضلة الدراهم، أو أقل من ثمن الدينار اتبع له ما بلغت من أجل الدينار، واتبع هو صاحبه بما بقى له من الدينار، ويتبعه الحميل بالدراهم، ولو كان لك دينار عند رجل فحولته في زيت إلى شهر، وتحمل لك رجل بالزيت هو كذلك، إن لم يعلم، فلا شيء عليه، أو علم بإخراج الزيت فيبيع له بدينار منه فقضى ديناره، واتبع هو صاحبه بالزيت.

وفي المدونة عنه، وروايته عن مالك: إن كان حمالة أصلها حرام هي ساقطة، وعنه: الحمالة لازمة على كل حال، علم الحميل أم لا، فهي ثلاثة أقوال؛ لأن

---

(١) في ط: عن محى.

الكفيل [هو أدخل][1] دفع المال. وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الكفالة فى أصل البيع الفاسد، أما بعد عقده فساقطة اتفاقًا.

العاشرة: قال: إذا قلت لعبدك: إن جئتنى بمائة دينار فأنت حر، فتكفل بها لك رجل، وعجلت له العتق:

قال ابن القاسم: لزمت الحمالة، كمن قال لك: أعتق عبدك ولك مائة إلى شهر، ويرجع الحميل على العبد.

الحادية عشرة: فى الكتاب: يجوز ضمان البدن إلا فى الحدود، وقاله (ح) وابن حنبل، وللشافعية قولان، وحيث جوزوه اشترطوا إذن المكفول وتجويزه، هذا الصحيح عندهم، وعليه: يجوز فى الحدود التى هى حق لآدمى: كالقصاص والقذف دون الحدود التى هى حق لله تعالى: كحد الخمر والزنا.

وأصل المسألة: أنه التزام ما هو مضمون.

وعلى الأصل عندنا وعندهم التزام ما هو غير مضمون على الأصيل.

لنا: قوله تعالى: ﴿فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ﴾ [يوسف: ٧٨] وقوله تعالى [. . .][2]

* * *

(١) هكذا بالمخطوط، وفى ط؛ وكلاهما مبتور.

الباب الثانى

فى حمالة الحمالة

لما كانت الحمالة من باب المعروف أمكن الاجتماع عليها.

سؤال: كيف يكون الحق للواحد فى محلين والواحد لا يتعدد محله، أم يقال: انقسم أو تعدد؟ وهو خلاف الإجماع، لم يقل أحد: إن نصف الحق على هذا ونصفه على الآخر، ولا أن بسبب الحمالة صار الألف ألفين.

وجوابه: أن ثبوت الحق فى الذمة تقدير شرعى كما تقدم، فيقدر الشرع النقدين فى الأثمان والأعيان فى السلم والإتلاف وغيرهما فى الذمة، وليست ثم حقيقة واحد من ذلك؛ فإن الإبل ليست فى الذمة، وإلا لاحتاجت للعلف والسقى، فهى حينئذ تقديرات شرعية لأمور معدومة يقدرها الشرع موجودة، ثم ذلك المقدر للشرع أن يقدر له مع إيجاده بنسب متعددة لذمة أو ذمتين أو أكثر من ذلك: كالدية تقدر على جميع العاقلة، فالواقع تعدد[1] سبب فى الحمالة لا تعدد حق ولا انقسامه[2]، وبه قال الأئمة.

وفى هذا الباب ثمانى مسائل:

الأولى: قال فى الكتاب: إذا تكفل كفيلان بمال، وكل واحد ضامن عن صاحبه، فغاب أحدهما والغريم، وغرم الحاضر الجميع، ثم قدم الغائب والغريم مليين - اتبع الغريم بالجميع؛ لأنه الأصل، وله اتباعه بالنصف واتباع الحميل بما أدى عنه؛ لأنه كدين له قِبَله، لا كغريم حضر مع كفيل.

وإذا كفل ثلاثة بمال، لم يأخذ ممن بقى من الغرماء إلا ثلث الحق، إلا أن يشترط فى أصل الكفالة: أن بعضهم حميل عن بعض، فحينئذ إذا غاب أحدهم أو أعدم، أخذ من وجده بالجميع، وإن لقيهم أولياء لم يأخذ من كل واحد إلا الثلث؛ لأنه لا يتبع الكفيل فى حضور الكفيل وملائه، ولو شرط أيهم شاء أخذ، ولم يقل: بعضهم كفيل بعض، أخذ أيهم شاء بالجميع، وإن حضروا أملياء، ثم لا رجوع للغريم على أصحابه؛ لأنه لم يؤدِّ بالحمالة عنهم بل إلى الغريم.

---

(١) فى ط: لعدد.

(٢) فى ط: القسامة.

وإن قال: بعضهم كفيل ببعض، وقال بعد ذلك: أيهم شئت أخذت [بحقى، لا][1] رجوع للغارم للجميع على صاحبيه إذا لقيهما بالثلثين، وإن بقى أحدهما فبالنصف.

ومن أمر الناس الجائز: كتب الرجل الحى عن الميت، والملئ عن المُعدم، وهو كفالة أحدهما على الآخر.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا باع منهما، وشرط اتباع أيهما شاء بجميع الحق، أو شرط ذلك فى الدين، فتحمل رجلان بصاحبه - فلا يتبع أحدهما بأكثر من نصيبه إلا فى عدم صاحبه أو إعدامه، وقاله أشهب وغيره؛ لأن الحمالة غرر لا يدرى هل يغرم أو لا؟

وينضاف إليهما ههنا غرران: هل يُطلب هو، أو غيره، وهل بالكل أو البعض؟

وألزم ابن القاسم الشرط؛ لقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، وقد اختلف قول مالك فى الحميل المبهم، هل يغرم الجميع، فكيف مع الشرط؟

الثانية:

فى الكتاب: لك ستمائة درهم على ستة، بعضهم حميل عن البعض بالجميع، أو كل واحد حميل بجميع المال، قال: عن أصحابه أم لا، أو كل واحد حميل بجميع المال عن واحد، أو اثنين، أو ثلاثة، أو أكثر، أو عن جميعهم بجميع المال، اشترط أن لا براءة له إلا بأدائهما أم لا.

فإن قلت مع ذلك: أيهم شئت أخذت، فلك أخذ أحدهم بالجميع، حضر الباقون أم لا.

وإن لم تقل ذلك ولقيتهم مياسر أخذت كل واحد بمائة، ولم تأخذ بعضهم ببعض؛ لعدم اشتراط ذلك.

فإن لقيت أحدهم أخذت بالجميع، فإن لقى الغارم أحدهم أخذ بمائة أداها عنه، وبنصف الأربعمائة التى أداها عن الباقين؛ لأنه حميل معه بهم.

فإن لقى أحدهما أخذ الأربعة الباقية أخذه بخمسين عن نفسه، وبخمسة وسبعين بالحمالة.

---

(١) فى ط: بحقى أم لا.

فإن لقى الرابع المأخوذ منه المال الآخر من الأولين الذى لم يرجع على الرابع قال له: بقى لى مما أديت بالحمالة مائتان عن أربعة أنت أحدهم، فعليك خمسون فى خاصتك، فيأخذها منه ثم يقول: بقى لى خمسون ومائة أديتها عن أصحابك وأنت معى بهم حميل، فيقول له هذا الرابع: قد ادعيت عنهم لنا بالحمالة خمسة وسبعين - أيضًا - لغيرك ساويتك فى مثلها، بقيت لك خمسة وسبعون، لك علىَّ نصفها، فيدفع له سبعة وثلاثين ونصفًا، وهكذا تراجعهم إذا لقى بعضهم بعضًا حتى يؤدى كل واحد مائة؛ لأنها كانت عليه فى أصل الديون.

فإن تحملوا على أنّ كل اثنين حميلان لجميع المال عن أصحابهم، أو عن اثنين، أو عن واحد، أو كل واحد حميل بنصف المال - فذلك كله سواء.

وإن لقيت اثنين أخذت من كل واحد ثلاثمائة، أو واحدًا أخذته بثلاثمائة وخمسين: مائة منها عليه من أصل الدين، ومائتان وخمسون؛ لأنه بنصف ما بقى تكفل.

فإن لقى هذا الغارم أحد الباقيين، أخذه بخمسين عن نفسه، ونصف المائتين المؤداة بالحمالة.

فإن لقى هذا الغارم الثانى، أخذ ممن لم يغرم، قال له: أديت مائة بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم، أعطنى خمسة وعشرين عن نفسك، ونصف ما بقى بالحمالة، فهكذا تراجعهم حتى استووا، فإن تحمل بعضهم عن بعض على أن كل ثلاثة حملا بجميع المال، أو كل ثلاثة عن ثلاثة أو عن اثنين، أو عن واحد بالجميع، أو كل واحد بثلث المال، فذلك سواء، إن لقيت ثلاثة أخذتهم بالجميع، أو واحد فيما به عنه، وبثلث ما بقى وهو مائة وستة وستون وثلثان، أو ثلاثة فأخذت منهم جميع المال، ثم لقى أحدهم أحد الذين لم يغرموا، قال له: أديت مائة بالحمالة عن ثلاثة أنت أحدهم، أعطنى ثلثها عنك، ونصف باقيها بالحمالة عن الباقيين، فإن لقى الآخذ لذلك أخذ الثلاثة الغارمين معه، أو لا رجوع عليه بنصف ما فضله به، حتى يكونوا فى الغرم سواء، وإن اقتسم ذلك، ثم لقى الباقى الذى غرم معهما، وإلا دخل عليهما فيما بأيديهم من قبل الثالث المرجوع عليه حتى يصير ما أخذ من الثالث بينهم أثلاثًا، ثم إن لقى أحدهم أحدًا ممن لم يغرم، فأخذ منه ما يجب له، شاركه فيه من

لقى من الاثنين الغارمين [معه، وحتى يكون ما أخذ][1] كل واحد منهم بالسوية؛ لأنهم حملاء عن [أصحابهم][2]

قال صاحب التنبيهات: الخلاف فى هذه فى موضعين؛ لأنه لا تخلو كفالة بعضهم ببعض،_ إما أن يكون الحق عليهم وهى مسألة الستة، أو على غيرهم وهى مسألة الثلاثة فى المدونة، ومسألة الأربعة فى العتبية، فإن ضمن بعضهم بعضًا، وهو عليهم على ما وقع فى قول الغير فى الكتاب، فأدى أحدهم المال، وهو ستمائة، عن كل واحد مائة فى الأصل، ثم لقى الثانى - فلا خلاف أنه يطالبه بما يقع عليه هو من المال وهو مائة، ولا يأخذ منه المائة التى ضمنها عنه فى خاصته، ويقتسمان ما بقى عنه حتى يستويا فيه، وإن كان الحق على غيرهم وهم كفلاء فقط بعضهم ببعض، فههنا اختلف إذا أخذ الحق من بعضهم، ثم لقى الآخر يقاسمه بالسواء فى الغرم حتى يعتده، إذا لحق على غيرهم، وإنما يقاسمه بعد إسقاط ما يخصه من الحق - كالمسألة الأولى - بالتسوية.

قال التونسى، وابن لبابة، وغيرهما: لأنهما سواء فى الحمالة.

وفى الموازية، وعند جماعة من الأندلسيين: عدم التسوية، وحملوا ما ينوب كل واحد من المال - وهو مائة بالحمالة - كما لو ثبتت عليه إحالة كالستة حملاء.

وكذلك اختلفوا فى آخر المسألة: إذا لقى الثانى من الستة الثالث:

ففى الكتاب: ما تقدم، وعليه الفقهاء كلهم، فيرجع عليه بخمسين أداها عنه، وبخمسة وسبعين نصف ما أدى بالحمالة.

وقال أبو القاسم الطبرى: هذا غلط فى الحساب، بل إذا لقى الثالث أحد الأولين، وطالبه بالاعتدال معه، يقول: له الثلاث من الثلاثة، كأنما اجتمعنا معًا باجتماع بعضنا ببعض، ولو اجتمعنا معًا لكان المال علينا أثلاثًا: مائتان على كل واحد، فعلىّ مائتان غرمتها أنت وصاحبك عنى، فخذ واحدة أنت، وهى التى تقع لك، وسأدفع إلى صاحبك المائة التى دفع عنى إذا لقيته، فنستوى فى الغرم؛ كما لو اجتمعنا جميعًا دفعة واحدة، وهكذا إذا لقى الثالث الرابع.

---

(١) فى ط: معه أو حتى يكون ما دخل.

(٢) فى ط: فهلكت اتراجعهم.

قال ابن يونس: قوله: إن لقى[١] الرابع المأخوذ منه الثالث من الباقين، يريد: أن الغارم لمائة وخمسة وعشرين - وهو ثالث الأولين ورابع الباقين - لقى أحد الثلاثة الذين لم يغرموا فيقول له: أديت خمسة وعشرين بالحمالة عن ثلاثة أنت أحدهم، فعليك خمسة وعشرون، والخمسون الباقية أنت معى بها حميل، فعليك نصفها، فيأخذ منه خمسين.

ثم قال: إن لقى الرابع المأخوذ منه الآخر من الأولين الذى لم يرجع على الرابع يريد: أن الغارم للستمائة الراجع منها بثلاثمائة لم يلق أحدًا بعد ذلك حتى لقى رابعًا من الباقين، وهو ثالث من الغارمين لقيه قبل أن يرجع هو - أيضًا - على أحد بشىء.

وبقيت وجوه لم يذكرها فى المدونة، وهى: إذا تحمل كل واحد بنصف جميع المال، أو كل اثنين حميلين بالجميع فلقى أحدهم فأخذه بثلاثمائة أو خمسين، ثم لقى ثانيا، فعليه فى خاصته[٢] مائة قد أدى عنه صاحبه منها خمسين، فيقول له: بقى لى عليك خمسون فادفعها إلىّ فكان لى على الأربعة الباقين أربعمائة دفع لى منها صاحبك مائتين؛ لأنه حميل بالنصف مما عليهم، وأنت حميل بنصف ما عليه، وذلك مائتان، فيأخذ منه مائتين وخمسين، وذلك ما يلزمه إذا لقيته وحده، فادفع أنت ما بقى، وهو مائتان وخمسون؛ لأنكما جميعًا حميلان بجميع المال، فإن لقى الأول يقول له: عليك بالحمالة خمسون، وأديت عن أصحابك بالحمالة مائتين، أعطنى نصفه، فيقول له هذا: وقد أديت أنا - أيضًا - عنهم بالحمالة، فقد استوينا.

فإن قال: على أن كل واحد حميل ثلث جميع المال، أو على أن كل ثلاثة حملاء جميع المال، فلقى أحدهم فأخذ منه مائتين وستة وستين وثلثين، ثم إن لقى صاحب الدين ثانيا يقول له: عليك فى خاصتك مائة، أدى صاحبك عنك منها ثلاثة وثلاثين، فتأخذها منه ثم يقول له: والأربعة الباقون أنت حميل عليهم، وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فيأخذها، فالمأخوذ من الثانى مائتان، فإن لقى الثالث بعد ذلك يقول له: قد أدى عنك الأول والثانى مما عليك ستة وستين وثلثين، وبقى عليك

(١) فى ط: بقى.
(٢) فى ط: خاصة.

ثلاثة وثلاثون وثلث، فيأخذها منه، ثم يقول له: بقى لى ثلاثة أنت حميل بجميع ما عليهم، وهو مائة، فيأخذها منه، وهو جميع ما بقى له؛ لأنه لو لقيهم كلهم لأخذ منهم جميع المال، وقد أدى أصحابه ما يلزم، فيؤدى ما بقى.

وإذا قال: كل واحد حميل بجميع المال، فلقى أحدهم، أخذ منه الستمائة فلقى الغارم أحدهم فأخذ منه ثلاثمائة، فإن لقيا ثالثا يقولا[1] له: أدينا بالحمالة أربعمائة عن أربعة أنت أحدهم، أعطنا[2] ربعها وثلث ما بقى بالحمالة؛ لأنك معنا[3] بهم حميل فيأخذان ستة وأربعين يقتسمانها نصفين، فيصير كل واحد أدى بالحمالة عشرين، ثم إن لقوا رابعًا قالوا له: أدينا بالحمالة ستين عن ثلاثة أنت أحدهم، أعطنا[4] ثلثها، وربع ما بقى بالحمالة اشتركنا فيها، ويأخذون[5] منه ثلاثين، فيقسمها الثلاثة، عشرة عشرة، ويستوفى الغرم.

فإن لقوا الآخر قالوا: أدينا بالحمالة أربعين أنت أحدهم، أعطنا[6] نصفها، وخمس باقيها بالحمالة، فيأخذون منه أربعة وعشرين يقتسمها[7] الأربعة، ستة ستة، فيصير كل واحد غرم بالحمالة أربعة أربعة.

فإن لقوا السادس غرموه عشرين يقتسمونها أربعة أربعة، ويصير كل واحد من الخمسة غرم للأول عشرين، وهو ما أدى عنهم.

ولو أن رب الدين لم يأخذ من الأول إلا مائة، لم يرجع هذا على أحد من أصحابه، ولو أخذ منه مائة ودرهمًا، رجع عليهم بالدرهم خاصة على نحو ما وصفنا، وإنما يرجع هذا إذا اشترط صاحب الحق حمالة بعضهم لبعض، وأيهم شاء أخذ بحقه، فله أخذهم بجميع الحق، وإن كان الباقون أملياء، وليس للغارم الرجوع على كل أحد من أصحابه - إذا كانوا حضورًا أملياء - إلا بسدس جميع الحق، وهو ما عليه من أصل الدين، بخلاف الدين، لا المشترط: أيهم شاء، أخذ بالجميع

(١) فى ط: لقى ثالثًا يقول.
(٢) فى ط: أعطنى.
(٣) فى ط: معنى.
(٤) فى ط: أعطنى.
(٥) فى ط: تأخذون.
(٦) فى ط: أعطنى.
(٧) فى ط: يقتسمهما.

وسوى حمل بعضهم عن بعض، أو: هم شركاء فى السلعة، أو: حمالة عن غيرهم؛ لأن الغارم للجميع لم يؤخذ بالحمالة، بل بالغريم.

قال صاحب المقدمات: إذا تحمل حملاء، لزم كل واحد ما ينوبه إلا أن يشترط حمالة كل واحد عن صاحبه، أو أصحابه، قال بجميع المال أو لم يقل، فيأخذ الملئ بالمعدم، ويأخذ أيهم شاء على أحد قولى مالك، وعلى كليهما إذا اشترط أخذ أيهم شاء.

قال أبو إسحاق التونسى: يرجع على من وجد من أصحابه حتى يساويه فى ذلك.

وقيل: ليس له، وهو الصواب؛ لأنه إنما أدى عن نفسه.

وضابط مسألة الستة كفلاء: أن يرجع من غرم من المال شيئًا بسبب الحمالة على أصحابه بما غرم عنهم على السواء إن لقيهم مجتمعين، فإن لقيهم متفرقين، أو واحدا بعد واحد، رجع على من بقى بما ينوبه كما أدى عنه بالحمالة، وبنصف ما ينوب ما أدى عن أصحابه.

فإن لقى اثنين معًا رجع على كل واحد منهما بما ينوبه بما أدى عنه بالحمالة، وبثلثى ما ينوب ما أدى عن الباقين، فإن لقى ثلاثة رجع على كل واحد بما ينوبه وثلاثة أرباع ما ينوب ما أدى بالحمالة عمن غاب.

فإن لقى اثنان منهم واحدًا، رجعوا عليه بما أدوا عنه فى خاصته، وربع ما أدى عن أصحابه بالحمالة، فاقتسموا ذلك بينهم بالسواء، وإن لقى واحد منهم من أصحابه من قد غرم بالحمالة، حاسبه بذلك، ورجع عليه بنصف الباقى.

وإن كان الذى لقى غرم بسبب الحمالة شيئًا، أو غرم هو، حاسبه بالباقى على ما تقدم، وإن لقى واحد منهم أحد أصحابه فرجع عليه، ثم لقيه ثانية بعد أن رجع هو على غيره، فسواه بما رجع به، ثم إن لقى المرجوع عليه الغير الذى كان رجع عليه ثانية بما انتقصه الأول إذا لقيه ثانية، ثم إن لقية الأول ثالثة رجع عليه، فلا يزال التراجع يتردد بينهم حتى يستووا وملاقيهم، ولا يزال يرجع بعضهم أبدًا كلما التقى منهم أحد مع صاحبه، وقد أدى أكثر منه، حتى رجع إلى كل واحد ما غرم بسبب الحمالة، فيكون قد أدى ما عليه من أصل الحق بلا زيادة، ولا نقصان، ولا ينحصر وحده التراجع بينهم إلى عدد، ولا بمقتضى التراجع بينهم إلا بخمسة عشر لقيه على أى نسبة التقوا عليها، ما لم تلزمهم الجماعة للجماعة، أو الجماعة للواحد.

وقاله فى الكتاب: إذا لقى المأخوذ منه الثالث من الباقين فيه إجمال، ومراده به: أن الثالث من الغائبين المأخوذ منه مائة وخمسة وعشرون لقى أحد الثلاثة الباقين، وسماه رابعًا؛ لأنه رابع الباقين، ثم قال: إن لقى الرابع الآخر من الأولين، يريد: أن الأول الذى غرم الستمائة، ورجع منها على الثانى بثلاثمائة، لقى الثالث الذى رجع عليه الثانى بمائة وخمسة وعشرين، ولم يرجع هو بعد عليه شىء.

ويريد: أنه لقيه قبل أن يرجع هو على الرابع بالخمسين، وسماه رابعًا؛ لأن الباقين ثلاثة فهو رابعهم، وهو الثالث من الغارمين، ولو كان إنما لقى الأول الثالث بعد رجوعه على الرابع بالخمسين رجع عليه بمائة، واثنى عشر، ونصف؛ لأنه يقول له: غرمت أنا ثلاثمائة؛ لأنى رجعت من الستمائة التى غرمتها بثلاثمائة، منها مائة من أصل الدين لا أرجع بها على أحد، والمائتين الحمالة منها خمسون عنك، والباقى عن أصحابك، ادفع لى ما غرمت عنك، ونصف ما غرمت بالحمالة زائدًا على ما غرمت أنت، وذلك ستون ونصف؛ لأنى غرمت أنا[1] مائة وخمسين بالحمالة، وغرمت أنت منها خمسة وعشرين؛ لأن الخمسة والسبعين التى غرمت بالحمالة للثانى قد رجعت منها على الرابع بالخمسين، فأسقط الخمسة والعشرين التى غرمت أنت من المائة والخمسين التى غرمت أنا، [و] ادفع لى نصف الباقى اثنين وستين ونصفا، فنعتدل فيما غرمنا بالحمالة وأصل الدين.

فإن لقيا جميعًا الثانى الذى أخذ منه الأول ثلاثمائة، ورجع هو على الثالث بمائة وخمسة وعشرين، رجعا عليه بأربعة وستين، أربعة [وسدس][2] فيعتدلون ثلاثتهم فى غرم الحمالة؛ لأن الأول والثالث غرما بها على هذا مائة وخمسة وسبعين، سبعة وثمانين، وغرم الثانى بها خمسة وسبعين، فإذا رجعا عليه بأربعة وسدس، اعتدلوا فيها، ويكون كل واحد قد أدى بها ثلاثة وثمانين وثلثا[3].

فإن لقى الرابع المأخوذ منه خمسون، أخذ الاثنين الباقيين، رجع عليه على هذا الترتيب بثمانية عشر وثلاثة أرباع؛ لأنه يقول: غرمت أنا[4] خمسين: خمسة

(١) فى ط: لنا.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: وثلثاه.
(٤) فى ط: لنا.

وعشرين على ألا أرجع بها، والباقى بالحمالة عنكما، الباقى اثنا عشر ونصف عن كل واحد منكما أربع على اثنى عشر ونصف التى أديت عنك، وستة وربع نصف الاثنى عشر ونصف التى أديتها عن الغائب؛ لأنك حميل معى به، فإن لقى بها هذا الخامس المأخوذ منه ثمانية عشر، وثلاثة أرباع الباقى من الستة، رجع عليه بستة وربع التى أدى عنه.

وهذه الوجوه الثلاثة ليست فى الكتاب، ويخرج على هذه الوجوه ما فى معناها.

فإن لقى الأول، والثانى، والثالث، معًا بعد استوائهم فى الغرم على ما تقدم. الرابع للغارم خمسين، ورجع منها على الخامس ثمانية عشر وثلاثة أرباع، رجعوا عليه بمائة وأربعة عشر ونصف ثمن؛ لأنهم أدوا خمسمائة وخمسين، كل واحد مائة وثلاثين وثلاثة وثلثًا، وأدى هو أحدا وثلاثين وربعًا، والواجب عليه ربع الجميع؛ لأنه رابعهم، وذلك مائة وخمسة وأربعون وثمانين ونصف ثمن، كما أدى هو.

ولو لقوهُ مفترقين واحدًا بعد واحد، رجع كل واحد عليه بما أدى عنه بالحمالة فى خاصته وبنصف ما أدى عن أصحابه الغائبين بها بعد أن يسقط من ذلك ما أدى هو - أيضًا - بالحمالة، فإذا التقوا ثلاثتهم، رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا.

فإن لقى الأول، والثانى، والثالث، والرابع، معًا بعد استوائهم فى الغرم، فصار على كل واحد منهم مائة وخمسون وأربعون، لكما ثمنان ونصف ثمن، الخامس الذى رجع عليه الرابع بثمانية عشر وثلاثة أرباع، فرجع منها على السادس ستة وربع، رجعوا عليه بمائة وستة وخمسين وربع خمس، يقتسمون ذلك بينهم أربعتهم، فيجب لكل واحد ستة وعشرون وخمسان، وثلاثة أرباع الخمس وربع ربع الخمس، فيسقط ذلك من المائة والخمسة والأربعين والثُمنيْن ونصف الثمن الذى أدى، فيكون الباقى الذى أدى كل واحد منهم مائة وثمانية عشر، وثلاثة أخماس وثلاثة أرباع الخمس، كما أدى هو؛ لأنه أدى إليهم مائة وستة وخمسًا وربع خمس، وكان قد أدى اثنى عشر ونصفًا للرابع، فالجميع مائة وثمانية عشر وثلاثة أخماس، وثلاثة أرباع الخمس، كما أدى كل واحد منهم.

ولو لقوهُ مفترقين، لرجع كل أحد عليه بما أدى عنه بالحمالة، ونصف ما أدى عن صاحبه الغائب؛ لأنه حميل معه به، ويسقط من ذلك ما أدى هو - أيضًا - بالحمالة على ما تقدم.

فإذا التقوا أربعتهم، رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا.

فإن لقى الأول، والثانى، والثالث، والرابع، والخامس، معًا بعد استوائهم فى الغُرم، فصار على كل واحد مائة وثمانية وثلاثة أخماس، وثلاثة أرباع الخمس على ما تقدم، السادس الذى رجع عليه الخامس بستة وربع، فإنهم يرجعون عليه بثلاثة وتسعين، وثلاثة أرباع الخمس - على ما تقدم - يقسمونها بينهم، فيصير لكل واحد ثمانية عشر، وثلاثة أخماس، وثلاثة أرباع الخمس، وقد كان أدى مائة وثمانية عشر، وثلاثة أخماس، وثلاثة أرباع الخمس، فيصير الذى أدى كل واحد منهم المائة الواجبة عليه من الأصل، وقد كان السادس أدى - أيضًا - إلى الخامس ستة وربعًا، فصار ذلك بالثلاثة والتسعين والثلاثة الأرباع، الذى أدى الآن إلى جميعهم ثلاثمائة، كما وجب عليه فاستوفى.

ولو لقوه مفترقين، لرجع كل واحد عليه بما أدى من أصل الدين، ونصف ما أدى عنه بالحمالة.

فإذا لقى بعضهم بعضًا لهم الخمسة، رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا.

فإن لقى الأول غرم جميع المال[1] أو أكثر مما يجب عليه للثانى ثم الثالث ثم

(١) وتوضيح هذه المسألة كالتالى قال المصنف فى الفروق قلت: أرأيت إن تكفل ثلاثة رجال لرجل بحقه الذى له على فلان، أيكون له أن يأخذ من لقى منهم بجميع الحق؟ قال: لا، إلا أن يكونوا تحملوا بذلك الحق. وبعضهم أيضا حملاء عن بعض واشترط عليهم أن يأخذ من شاء منهم بحقه. فإن كانوا هكذا، أخذ من لقى منهم بجميع حقه، وإن لم يكن بعضهم حميلا عن بعض، لم يكن له أن يأخذ من لقى منهم إلا بثلث المال. قال ابن القاسم: قال مالك: وإذا اشترط عليه أن يأخذ من شاء منهم بحقه، فأخذ منهم بالحق رجلا، لم يكن لهذا الذى أخذه بجميع الحق أن يرجع على من تحمل معه، إلا أن يكونوا اشترطوا عند الحمالة أن بعضهم حملاء عن بعض، واشترط الذى له الحق أن يأخذ من شاء بالجميع فأخذ بذلك أحدهم، فإنه ههنا يرجع منهم من غرم على صاحبيه بثلثى ما غرم، إذا كان فى أصل الحمالة بعضهم حملاء عن بعض. قال ابن القاسم: ولو كانوا كلهم حضروا وكلهم مياسير، لم يكن له أن يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق، وهذا بمنزلة الحميل والذى عليه الأصل؛ لأنه إذا كان الذى عليه الأصل موسرا لم يؤخذ الحميل، وإن كان معدما أخذ الحميل، وإن كان بعض الحملاء معدما وبعضهم موسرا أخذ الذى له الحق حقه من الذى وجده مليا منهم إلا أن يكون شرط عليهم فى الحمالة أنه يأخذ من شاء بحقه، فيكون له أن يأخذ بعضهم بالجميع وإن كانوا كلهم مياسير. قال ابن وهب: وقال مالك: إن من أمر الناس الجائز عندهم، أن الرجل يكتب حقه على الرجلين، فيشترط أن حيكما عن ميتكما، ومليكما عن معدمكما وإنما ذلك بمنزلة الحمالة يتحمل بها أحدهما عن صاحبه. قال: ابن وهب: وأخبرنى الثقة عن عطاء بن أبى رباح أنه قال نحو ذلك. وقال غيره: وإذا كان لرجل ستمائة درهم على ستة =

....

= رجال، على أن بعضهم حملاء عن بعض بجميع المال، أو قال: على أن كل واحد منهم حميل عن أصحابه بجميع المال، أو قال: على أن كل واحد منهم حميل بجميع المال، ولم يذكر أصحابه بشيء، أو قال: على أن كل واحد منهم حميل عن صاحبه بجميع المال، فأيهم شاء أن يأخذ بجميع حقه؛ أخذ. قال فى ذلك كله: ولا براءة لواحد منهم حتى يوفى جميع هذا المال أو لم يقله فهو سواء كله. وله أن يأخذ منهم من لقى بجميع الحق فإن لقى واحدا منهم، أو لقيهم جميعا، كانوا مياسير كلهم أو بعضهم وإن لم يكن شرط، فأيهم شاء أن يأخذ بحقه أخذه، فإنه إن لقى واحدا منهم فله أخذه بجميع الحق، وإن لقيهم جميعا - وهم مياسير - فليس له أن يأخذ بعضهم ببعض؛ لأن الحميل لا يؤخذ بالذى على المديان، إذا كان المديان حاضرا مليا، وإنما له أخذه إذا كان المديان عديما أو غائبا أو يكون مديانا أو ملدا ظالما. فإن لقى الغريم واحدا من الستة فأخذ منه المال كله، ثم لقى المأخوذ منه المال كله أحد الستة بعد ذلك، فإنه يأخذ منه مائة أداها عنه خاصة، ويأخذ منه مائتين؛ لأنهما حميلان عن الأربعة، وقد كان أدى عن نفسه مائة لا يرجع بها على أحد، وأخذ من هذا الذى لقى مائة أداها عنه وبقيت أربعمائة أداها عن الأربعة الباقين، فله أن يرجع على هذا بنصف الأربعمائة؛ لأنهما حميلان عن الأربعة. فإذا أخذ منه مائتين فقد استويا فى الغرم، فإن لقى أحدهما أحد الأربعة الباقين، فإنه يأخذه بخمسين درهما قضاها عنه خاصة من الدين الذى له عليه، ويرجع عليه بنصف ما أدى عن الثلاثة، وقد أدى عن الثلاثة بالحمالة خمسين ومائة، فيرجع عليه بنصفها، فيكون جميع ذلك مائة وخمسة وعشرين، خمسين عنه خاصة أداها عنه وخمسة وسبعين عنه بالحمالة عن الثلاثة. وكذلك إذا لقى الرابع المأخوذ منه المال الثالث من الباقين، فإنه يأخذه بما أدى عنه من أصل الدين وبنصف ما أدى عن أصحابه، فإن لقى الرابع المأخوذ منه الآخر من الأولين، الذى لم يرجع على الرابع؛ فإنه يرجع عليه بما أدى عنه من أصل الدين. وذلك خمسون درهما. وينظر ما بقى مما أداه بالحمالة عنه، فإذا هى خمسون ومائة درهم، وقد أدى الرابع بالحمالة خمسة وسبعين درهما، فيرجع عليه الذى أدى خمسين ومائة بسبعة وثلاثين ونصف، حتى يعتدلا بما أديا فى الحمالة عن الثلاثة، فيصير كل واحد قد أدى مائة واثنى عشر ونصفا. فعلى هذا يكون، إذا لقى بعضهم بعضا حتى يؤدى كل واحد منهم مائة؛ لأن كل واحد كان عليه من أصل الدين مائة، فخذ هذا الباب على هذا ونحوه. ولو أن هؤلاء الستة الذين عليهم ستمائة درهم. تحمل بها بعضهم عن بعض. على أن كل اثنين منهم حميلان بجميع المال، أو قال: على أن كل اثنين حميلان عن أصحابهما بجميع الدين، أو كل اثنين حميلان عن اثنين منهم بجميع المال، أو على أن كل اثنين ضامنان عن واحد بجميع المال على ما وصفت لك فى صدر المسألة، فهذا كله سواء. فإن لقى رب المال اثنين منهم أخذ منهما الجميع: ثلثمائة ثلثمائة، وإن لقى واحدا منهم أخذه بثلثمائة وخمسين: مائة منها عليه من أصل الدين، وخمسون ومائتان عن الحمالة؛ لأنه كفيل بنصف ما بقى. فإن أخذ ذلك منه، ثم لقى المأخوذ منه رجلا من الستة، كان له أن يأخذ منه خمسين أداها عنه من دينه خاصة، ثم يأخذه بنصف المائتين اللتين أدى عن الحمالة؛ لأن المؤدى الأول أدى عن نفسه مائة لا يرجع بها على أحد، وأدى خمسين ومائتين عن أصحابه، عن كل واحد منهم خمسين خمسين. فإن لقى واحدا منهم، أخذ منه =

الرابع ثم الخامس ثم السادس فيستوفى بذلك أيضًا جميع ما أداه بالحمالة [. . .](1) ثم يلقى الثالث الذى رجع عليه الأول، والثانى، والرابع ثم الخامس ثم السادس، فيستوفى بذلك - أيضًا - جميع ما أداه بالحمالة ووجه العمل إذا لقى

= خمسين أداها عنه عن أصل دينه، ثم يشاركه فيما بقى مما أدى عن أصحابه وذلك مائتان؛ لأن كل اثنين حميلان بجميع المال. وهذا بمنزلة ستة رجال عليهم ستمائة درهم ضمنوها لصاحبها، على أن كل واحد منهم ضامن لنصف جميع المال. فإذا لقى صاحب الدين واحدا منهم؛ أخذه بحصته من الدين، وذلك مائة، وبنصف ما على أصحابه فهذا والأول سواء. فإن لقى صاحب الدين واحدا منهم أخذ منه، ثلثمائة وخمسين ثم إن لقى المأخوذ منه أحدا من أصحابه؛ أخذه بخمسين أداها عنه، وبمائة درهم مما أدى عنه من أصحابه، فإن لقى المؤدى الثانى أحدا من الأربعة الباقين، أخذه بخمسة وعشرين أداها عن خاصة نفسه، وبنصف ما بقى من المائة حتى يستووا فى الغرم عن أصحابهم، وذلك نصف خمسة وسبعين درهما، وكذلك من لقوا من أصحابهم على ما وصفت لك، فخذ هذا على هذا. قال: ولو كانت الستمائة على ستة رجال. على أن كل ثلاثة حملا عن ثلاثة بجميع المال، أو على أن كل ثلاثة حملاء عن صاحبهم، أو عن أصحابهم، أو عن واحد بجميع المال، أو على أن كل واحد حميل بثلث المال، فهذا كله سواء. فإن لقى ثلاثة أخذهم بجميع المال، وإن لقى واحدا أخذه بمائة وبثلث ما بقى، وذلك مائة وستة وستون وثلثان. وإن لقى اثنين؛ أخذ منهما مائتين: ما عليهما خاصة وثلثى ما بقى مما تحملا به، وليس له أخذهما بغير ذلك، وذلك مائتان وستة وثلاثون وثلثا درهم. فإن لقى الثلاثة أخذهم بجميع المال، فإن أخذه منهم، ثم لقى واحدا منهم أحد الثلاثة الذين لم يؤدوا، فإنه يأخذه بما أدى عنه خاصة بثلاثة وثلاثين درهما وثلث؛ لأنه أدى مائتين: مائة منهما عليه خاصة ومائة أداها عن الثلاثة، أدى عن كل واحد منهم ثلثها، فيأخذ منه ثلث المائة التى أدى عنه عن خاصة نفسه، ويبقى ما أدى عن الاثنين وذلك ستة وستون وثلثان، فيرجع عليه بنصفها حتى يستووا فى الغرم عن الاثنين، فإن أخذ منه ثم لقى الثالث الذى أخذ من صاحبه ما أخذ أحد الاثنين اللذين أديا معه المال، جميع ما أديا جميعا عن الثلاثة، فجعل عليهما نصفين، فيرجع الأول الذى لم يأخذ من الثالث شيئا، على الذى أخذنا بالفضل، حتى يكونا فى الغرم سواء. فإن اقتسما ذلك، ثم لقيا الباقى الذى أدى معهم المال، تراجعوا الفضل أيضا حتى يصير ما أخذ من الثالث بينهم أثلاثا؛ لأنهم فى الكفالة سواء. فإن لقى واحد منهم أحدا ممن لم يؤد، فأخذه بشىء على حساب ما يقع عليه، فلا بد من أن يشارك فيه من لقى من الاثنين اللذين أديا معه المال، حتى يكون ما أخذ كل واحد منهم بينهم بالسوية؛ لأنهم حملاء عن أصحابهم، ثم هكذا يفعل فيهم، ولو كانت الستمائة على ستة، فضمنوها على أن كل واحد منهم حميل عن ثلاثة بجميع المال، أو عن خمسة، أو عن واحد، أو عن جميعهم؛ فهذا أصل واحد. وكل واحد حميل بجميع الستمائة؛ لأنه قال فى أول الحمالة، على أن كل واحد منهم حميل بجميع المال، فلا يضره قال عن ثلاثة أو عن أقل أو عن أكثر، فكل واحد منهم حميل بجميع المال، فخذ هذا على هذا.

(1) بياض فى ط.

المأخوذ منه الستمائة الثانى أخذ منه ثلاثمائة؛ لأن مائة مما أدى واجبة عليه، والخمسمائة عن أصحابه، فبضمه المائة التى أداها عنه، ونصف الأربعمائة التى أداها عن أصحابه؛ لأنه ميل معه فيستويان.

ثم إذا لقى الثالث رجع عليه بمائة وخمسة وعشرين؛ لأنه يقول له: بقى لى كما أديت ثلاثمائة، مائة علىّ، مائتان أديتها عنكم، عنك خمسين أدّها لى مع نصف ما أديت عنهم.

ثم إن لقى الرابع رجع عليه بخمسين؛ لأنه بقى له مما أدى بالحمالة خمسة وتسعون أداها عنه وعن أصحابه، يأخذ عنه خمسة وعشرين عنه، ونصف ما أدى عن أصحابه؛ لأنه حميل معه بهما، فيبقى له مما أدى بالحمالة خمسة وعشرون.

فإن لقى الخامس، رجع عليه بثمانية عشر وثلاثة أرباع؛ لأن الخمسة والعشرين عنه وعن صاحبه، فيأخذ منه حصته اثنى عشر ونصفًا حصة صاحبه؛ لأنه حميل به معه، يبقى له مما أدى بالحمالة ستة وربع يرجع بها على السادس، فيستوفى الذى أدى بالحمالة.

وإذا لقى الثانى الذى رجع عليه الأول بثلاثمائة بالثلث الذى رجع عليه الأول بمائة وخمسة وعشرين، رجع عليه بسبعة وثمانين ونصف؛ لأنه أدى الأول ثلاثمائة: مائة عنه، ومائة بالحمالة عنهم، خمسون خمسون، وقد أدى الآخر بالحمالة إلى الأول خمسة وسبعين فيدفع له الخمسين التى أداها عنه ونصف ما بقى من المائة والخمسين بعد طرح الخمسة والسبعين التى أداها بالحمالة له، فيبقى له مما أدى بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف.

ثم إن لقى الرابع الذى رجع عليه الأول بخمسين، رجع عليه باثنين وستين ونصف؛ لأنه يقول له: هى لى مائة واثنا عشر ونصف أديتها عنك وعن أصحابك: ستة وثلاثين ونصفا عنك، وخمسة وسبعين عن أصحابك الغائبين، وقد أديت أنت بالحمالة الأولى خمسة وعشرين، فادفع لى السبعة والثلاثين ونصفا الذى أديت عنك، ونصف ما بقى من الخمسة والسبعين التى أديتها عن صاحبيك إذا طرحت عنها الخمسين التى أديتها أنت بالحمالة، وذلك اثنا عشر ونصف، فيبقى له بما أدى بالحمالة اثنان وستون ونصف، فإن لقى الخامس الذى رجع عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع، ورجع عليه الثانى بأربعة وثلاثين ونصف ثمن؛ لأنه يقول له: بقى

ما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن صاحبك: أحد وثلاثين وربع عنك ومثلها عن صاحبك، ويبقى لى بالحمالة الأولى: ستة وربع، وللثانى: تسعة وثلاثة أثمان، فادفع إلىّ ما أديته عنك، ونصف ما بقى مما أديته عن صاحبك بعد طرح الخمسة عشر والخمسة الأثمان؛ لئلا تحتمل فيما أديت التى له الأولى، والثانى وهو سبعة وستة أثمان ونصف ثمن، فيصير ذلك تسعة وثلاثين ونصف ثمن، فيبقى له مما أدى بالحمالة ثلاثة وعشرون، وثلاثة أثمان، ونصف ثمن يرجع بهما على السادس الذى رجع عليه الأول بستة وربع، والثانى بخمسة عشر وخمسة أثمان إذا لقيه، فيستوون فى جميع حقه.

فإن لقى[1] الرابع الذى رجع عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع، والثانى بأربعة وثلاثين وثلاثة أثمان، والثالث بسبعة وثلاثين ونصف وثمن - رجع عليه بخمسة وثلاثين وثمن؛ لأنه يقول له: جملة ما أديت للأول والثانى مائة واثنان وستون ونصف، منها مائة عنى لا أرجع بها، واثنان وستون ونصف عنك وعن صاحبك الغائب، أديت أنت للأول ستة وربعًا، وللثانى تسعة وثلاثة أثمان[2]، وللثالث سبعة وستة أثمان ونصف ثمن، تجمل فى ذلك ثلاثة وعشرون وثلاثة أثمان ونصف ثمن، فادفع إلىّ ما أديته عنك وهو أحد وثلاثون وربُع ونصف ما بقى مما أديته بالحمالة بعد طرح ما أديت، وذلك ثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن، فيبقى له مما أدى بالحمالة سبعة وعشرون وثمنان، وثلاثة أرباع الثمن، يرجع بها على السادس.

فإن لقى الخامس الذى رجع عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع، والثانى بأربعة وثلاثين وثلاثة أثمان، والثالث بتسعة وثلاثين ونصف ثمن، والرابع بخمسة وثلاثين وثمن وربع ثمن السادس الذى رجع عليه الأول بستة وربع، والثانى بخمسة عشر وخمسة أثمان، والثالث بثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن - رجع عليه بسبعة وعشرين وثُمنين، وثلاثة أرباع ثمن؛ لأنه يقول له: تحمل فيما أديت للأول، والثانى، والثالث، والرابع، مائة وسبعة وعشرين وثُمنين وثلاثة أرباع ثمن، منها مائة على ألا أرجع فيها، والسبعة والعشرون والثمنان، وثلاثة أرباع الثمن عنك فادفعها

---

(١) فى ط: بقى.

(٢) فى ط: اثنان.

إلىَّ، فيستوفى ما دفعه بالحمالة، وتكمل فيها للسادس مائة كاملة، كما وجب عليه مَن أصل الدين.

قال اللخمى: إن قال: على أن كل اثنين حميلين لجميع المال، فلقى واحدًا، أخذه بمائة عن نفسه، وبنصف الباقى، وإن قال: كل ثلاثة، أخذه بمائة وبثلث الباقى، أو: كل أربعة، أخذه بمائة وربع الباقى، وإذا قال: على أنّ أحدهم حميل بجميع المال، ولم يقل: عن أصحابه، فإن كانوا مشترين، فقوله: عن أصحابه، وسكوته عنه سواء؛ لأن الحمالة عن أصحابه، فإن لقى واحدًا أخذه بجميع المال، فإن لقى الغارم أحد الخمسة أخذه بمائة ولم يأخذه عن أصحابه بشىء.

وإن لم يكونوا مشترين، وقال: أحدهم حميل بجميع المال بحمالة الواحد عن المشترى، فإن غرم الستمائة، لم يرجع على أصحابه الأُول، يقول عن أصحابه فإن قال: أنتم حملاء بهذا المال، وهم مشترون، فبعضهم حميل عن بعض، أو غير مشترين، فكل واحد حميل عن المشترى بمائة، حتى يقول: بعضهم حميل عن بعض، وإن قال: أنتم حملاء بهذا المال آخذ به من شئت: فله أخذ أحدهم بجميعه، ثم لا رجوع له على أصحابه؛ لأن الشرط لصاحب الدين.

وقال محمد: يرجع على أصحابه إن كانوا أربعة على كل واحد ربع الحق.

والأول أحسن.

ومحمل قوله: يأخذ من شاء منهم عن الغريم، حتى يبين أنه أخذه بذلك عن أصحابه.

وإن قال: بعضهم حملاء عن بعض، فللغارم الرجوع على أصحابه قولا واحدًا.

قال صاحب الجواهر: متى لقى أحد الستة من سواه فى الغرم بالدين والحمالة، لم يأخذ منه شيئًا، أو أدى أكثر مما أدى، رجع عليه بنصف الزائد.

الثالثة:

فى الكتاب: إذا أخذت كفيلا بعد كفيل[1]، فلك فى عدم غريمك أيهما شئت بجميع الحق، بخلاف كفيلين فى صفقة إلا أن يشترط حمالة بعضها لبعض، وليس أخذ الحميل الثانى إبراء للحميل الأول، بل كل واحد حميل بالجميع.

---

(١) فى ط: كفيل فيل.

قال التونسى: إذا كان أحدهما حميلا بالوجه، فمات، لم تسقط الحمالة - عند ابن القاسم - بموته، وسقطت عند عبد الملك؛ لأنه إنما تكلف المجىء به إذا كان حيًّا.

وعند ابن القاسم: يلزم ورثته الإتيان به، ولعله يريد: إذا حل أجل الدين، وإن مات حميل الحميل، ثم تحمل بالمال، فالحمالة عليه ثانية، ولم يقل ههنا: يؤخذ من تركته المال لرب الدين، أو يوقف قدر ذلك؛ لأن الحميل ههنا بالمال - وهو الميت - إنما تحمل بالحميل بالوجه، والحميل بالوجه لم تلزمه غرامة ولا طلب.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا تحمل ثلاثة بمال حيهم بميتهم، ومليهم بعديمهم، وأخذ من أحدهم حميلا بما عليه، ولم يشترط ذلك على الحميل، فقام على هذا الحميل فى عدم الذى عنده تحمل، وأراد إغرامه جميع المال فقال: أنا أغرم ثلث المال الذى على صاحبى فى نفسه:

قال: يلزم جميع الحق؛ لأنه قد لزمه ما لزم من تحمل عنه، يريد: وقد علم الحميل ما على الحملاء من الشروط.

ولو تحمل هذا الحميل عنهم بجميع الحق فأداه، فله أن يأخذ بالحق كله أحدهم؛ كما كان للطالب، وكما لو تحمل هؤلاء بما على أحدهم، فللغريم اتباعه بالحق كله، كما له أن يتبع أحد الغرماء، وقد تقدمت مباحث من هذه المسألة فى الركن الرابع فى الشىء المضمون.

الرابعة:

فى الكتاب: اشترى ثلاثة، وتحمل بعضهم عن بعض بالثمن على أن يأخذ البائع أيهم شاء لحقه، فمات أحدهم، وادعى الوارث أن موروثه دفع جميع الثمن، وشهد شاهد - حلف مع شاهده، وبرئ وليه، ويرجع على الشريكين بحصتهما، فإن نكل لم يحلف الشريكان؛ لأنهما يغرمان، إلا أن يقولا: نحن أمرناه بالدفع عنا وعنه، ودفعنا ذلك إليه، وإنما هو حق علينا، فالشاهد لنا، فيحلفان ويبرآن.

قال صاحب النكت: معنى قوله: لا يحلف الشريكان إذا ادعيا أن الميت دفع الثمن من ماله، ويغرم الوارث ما ينوبه؛ لنكوله بعد رد اليمين على البائع له أنه ما قبض من وليه شيئًا، وهذا إذا كان الميت مليًّا بما ينوب الوارث اليوم، فإن كان

عديمًا اليوم، كان لهذين أن يحلفا، فإن دعواهما أن الميت دفع الجميع من ماله ليبرأ من حمالة الثلث الذى الميت به عديم، فإن حلفا، غرما الثلثين للورثة، وغرم الورثة للبائع ثلث الحق مما قبضوا من الشريكين؛ لنكول الورثة.

وإن ادعيا أن الثمن من عندهما حلفا: لقد دفع الميت ذلك وبرئا، ورجع البائع على الورثة بما ينوبهم؛ لنكولهم بعد أن يحلف البائع: أنه ما قبض من وليهم شيئًا.

وللشريكين أن يرجعا عليهما فيقولا لهما: نحن دفعنا جميع الثمن، فإما أن تحلفوا على علمكم أنا ما دفعنا إليه شيئًا وتبرءون، وإن نكلتم حلفنا: لقد دفعنا الجميع وغرمتم ثلث جميع الثمن.

وقوله: لا يمين على الشريكين إن ادعيا أن الميت دفع الثمن من ماله، يريد: ولا يغرمان للورثة شيئًا من أجل قولهم: إن الميت دفع عن الثلثين؛ لأن الشريكين يقولان: الميت لم يشهد حين دفع، وقولهم: لم يدفع بحضرتنا، وإنما بلغنا ذلك عنه، فلا يلزمنا للورثة بإقرارنا أنه دفع.

قال بعض الأندلسيين: وفيها نظر، وينبغى إن حلف الشريكان: أنهما دفعا للميت ما لزمهما، وأنهما أمراه بالدفع - أن يتبع ذمة الميت بحصته بعد أن يحلف: أنه ما دفع له شيئًا، وإن قال الشريكان: دفعنا إليه الجميع وأمرناه بالدفع عنه وعنا، وحلفنا على ذلك، لاتبعا ذمة الميت بحصته إذا لم يحلف ورثته، وعلى الشريكين إذا حلفا أن يزيدا فى حلفهما: ولقد دفعنا ما أمرناه بدفعه.

قال صاحب المقدمات: فى هذه المسألة إشكال، وهو: الورثة إذا نكلوا عن اليمين مع شاهدهم، فالميت إما أن يكون مليًا أو معدمًا، فإن كان الميت مليًا، وصدق الشريكان الورثة فيما ادعوا من أن الميت دفع جميع الحق من ماله للبائع عن نفسه وعنهما ليرجع عليهما، ويرجع بالثمن على البائع، فيحلف على تكذيب ما شهد به الشاهد، ويرجع بجميع حقه، فيأخذ ثلثيه من الشريكين، وثلثه من مال الميت، ولا يرجع الورثة على الشريكين بما يقر لهما من المال الذى أقروا أن موروثهم أداه على ما شهد به الشاهد، وإن كانا قد صدقاه فى شهادته بذلك؛ لتفريط الميت بترك الإشهاد، فالمصيبة منه.

قال ابن أبى زيد: إلا أن يكون الدفع بحصتهما فيكون لهما الرجوع، وفيه قولان لابن القاسم.

وتعليله فى الكتاب: لا يحلف الشريكان؛ لأنهما يغرمان، يوهم أنهما إن حلفا غرما للورثة، وإن لم يحلفا غرما للبائع، ولو كان كذلك لكان من حصتهما أن يحلفا إن شاء إسقاط طلب البائع عنهما لما يرجوان من مسامحة الورثة، ولا يصح ذلك؛ لأن الورثة لا يرجعون عليهما بما ينوبهما مما أدى الميت عنهما من ماله، وإن صدقاه على الدفع، إلا أن يقرا أنه كان بحضرتهما على أحد القولين لابن القاسم.

وإنما كان يجب أن يقول: لا يحلفان ويغرمان للبائع، فإن نكل البائع فى هذا الوجه عن اليمين بعد نكول الورثة، سقط حقه، ورجع الورثة على الشريكين بما ينوبها من الحق.

وأما إن قالا: دفع جميع ذلك من أموالنا بوكالتنا:

فقال ابن أبى زيد: يحلف الشريكان بعد دفع الميت ذلك ويبرآن، ورجع البائع على الورثة بما ينوبهم لنكولهم بعد يمينه: أنه ما قبض من وليهم، وللشريكين تحليف الورثة إن كانوا كبارًا: ما يعلمون أنهم دفعوا من أموالهما إلى وليهم شيئًا، فإن نكلوا حلفا: لقد دفعا جميع الحق إليه، ورجعا عليهم بالثلث الذى ينوبهم منه.

وقال أبو إسحاق التونسى: يأخذ البائع من جميع ماله بعد حلفه، ويحلف الورثة للشريكين: ما يعلمون أنهما دفعا إلى وليهم شيئًا، وإن نكلوا حلف الشريكان: لقد دفعنا ذلك إليه، ورجعا عليهم فى التركة بما ينوب الميت من ذلك، ولا يكون للشريكين أن يحلفا: لقد دفع الميت ذلك من أموالهما ويبرآن؛ لأن ما فى يد الميت على ملكه حتى يثبت الدفع.

وقال بعض الأندلسيين: يحلف الشريكان: لقد دفع الميت ذلك من أموالهما، ويبرآن ويرجعان على الورثة بما ينوبهما إذا لم يحلفوا، فهذه ثلاثة أقوال فى هذا الوجه، والذى يوجبه النظر إذا لم يكن للشريكين بينة على دعواهما: أن يحلف الورثة: ما علموا ذلك، فإن حلفوا لا يمكن الشريكان من اليمين، وحلف البائع لنكول الورثة، ورجع عليهما وعلى الورثة بحقه، وإن نكلوا عن اليمين حلف الشريكان: لقد دفعنا ذلك إليه، ولقد دفع ذلك هو للبائع، ويبرآن من نصيبهما، ورجعا على الورثة بما ينوبهما.

وأما إن قالا: دفعنا للبائع من ماله وأموالنا.

ففى قول ابن أبى زيد: يحلف الشريكان ويبرأان، ويحلف البائع ويرجع على الورثة بما ينوبه من ذلك.

وعلى قول التونسى: لا يمكن الشريكان من اليمين، ويحلف البائع ويرجع على جميعهم بحمالته.

والذى يوجبه النظر: أن يحلف الورثة: أنهم ما يعلمون أنهما دفعا إليه شيئًا، فإن حلفا على ذلك لم يمكن الشريكان من اليمين، وحلف البائع، ورجع على جميعهم، وإن نكلوا حلف الشريكان: لقد دفعا ذلك للميت، وحلفا مع الشاهد: لقد دفع ذلك الميت إلى البائع ويبرآن من قصتهما، وحلف البائع: ما دفع إليه شيئًا ورجع على الورثة بما ينوبهم، وإن كان الميت معدما، فلا يخلو - أيضًا - من الوجوه الثلاثة المذكورة:

الوجه الأول: أن يصدق الشريكان الورثة أن الميت دفع جميع الحق من ماله عن نفسه وعنهما، ليرجع عليهما بما ينوبهما.

قال ابن أبى زيد: للشريكين أن يحلفا مع الشاهد ليبرآ من حمالة الثلث الذى الميت به معدم، فإن حلفا غرما للورثة الثلثين، ورجع البائع عليهم بالثلث إذا[1] حلف أنه لم يقبض من وليهم شيئًا.

وقال التونسى: إذا حلف الشريكان مع الشاهد ليبرآ من حمالة الثلث الذى الميت به معدم، لا يغرمان الثلثين للورثة، وإنما يغرمان ذلك للبائع بعد يمينه، وهو الصحيح على ما تقدم أنهما لا يلزمهم للورثة ما دفع للميت عنهما من ماله؛ لتفريطه بعدم الإشهاد.

والوجه الثالث: إن كان الميت مليًا، ويستوى ملاؤه وعدمه إلا فى اتباع ذمته إذا طرأ له مال.

الخامسة:

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا اشتريت وغلامك سلعة، وتحمل بعضكما ببعض، فبعت العبد قبل الأجل، ليس عليك شىء حتى يحل الأجل، ولا يلزمك إخلاف حميل مكان العبد، ويتبع البائع العبد حيث كان، وإن رضى

---

(١) فى ط: إذا غدا

المشترى بالعبد معيبًا بذلك، وإلا رده إلا أن يخرجه من العيب بالقضاء عنه لدخول الحميل على ذلك؛ لأن شأن العبد أن يباع.

قال القاضى: وفى جواز هذا البيع نظر؛ لأنك بالبيع منتزع لماله، والعبد المأذون له فى التجارة إذا كان عليه دين لا ينتزع ماله.

فمعنى المسألة عندى: أن العبد محجور عليه؛ لأن ما لزم المحجور من الدين لا يسقطه السيد عن ذمة المحجور، نحو هذا الدين الذى علم به فأمضاه، لا يكون إلا فيما وهب له، أو تصدق به عنه.

السادسة:

قال: قال ابن القاسم: اشتريتها وتحمل بعضكما ببعض، وأيكما شاء أخذ بالثمن، فتحمل عنكما ثالث بذلك الحق، فأخذ الحق منه، فله أخذكما بجميع الحق؛ لأنه لو تحمل للغريم بما على أحدكما، فإن للغريم أن يتبعه بالحق كله؛ لأنه مع أحدكما لذلك، يريد: إذا تحمل بأحدكما وعرف ما عليه من الشرط.

قال ابن القاسم: فلو سأل البائع أحدكما حميلا بما عليه ففعل، ولم يشترط على الحميل شيئًا، فعليه الحق كله إن أراد أخذ المحمول عنه بالحق تحمل بأحد الغريمين، وهو محمول على عدم العلم حتى يثبت العلم، ويحلف على ذلك؛ لأن الأصل: عدم الاطلاع.

السابعة:

قال صاحب النوادر: قال أصبغ فى ثلاثة تحمل بعضهم عن بعض فيما عليهم، فأخذها ربها من أحدهم وادعى كل واحد أنه يصدق المقتضى فى تعيينه مع يمينه.

فإن قال: لا أدرى، حلف: أنه لا يدريه؛ لأنه أمر لا يعلم إلا من قبله، ثم يحلف أنه الدافع، فإن حلفوا أو نكلوا، لم يرجع أحد على الآخر، وإلا رجع الحالف على الناكل بما يقتضيه يمينه، ولو قبض البعض من أحدهم وادعاهم جميعهم، صدق فى الدفع كالكل.

فإن قال: لا أدرى، حلف الحملاء، ولا تراجع بينهم؛ لعدم تعين الدافع، ولو قال بعد ذلك: أدرى الدافع إلىّ، لم يعتبر قوله؛ لتقدم ما يكذبه منه، ونحو قول أصبغ هذا لسحنون.

وقال ابن القاسم: إذا قال القابض: لم يبق لى عندهما شىء، وادعى كل واحد

منهما أنه الدافع القابض كشاهد يحلف معه الدافع إذا لم يبق عليه تهمة.

وقال محمد: إن قال نسقًا: لم يبق لى عندهما شيء، قد أخذته من فلان، جاز قوله بغير يمين لمن أقر له، وإن لم يكن عدلا لو قال: تركت حقى كله، وأما إذا ثبت سقوطه عنهم ثم قال: أخذته من فلان، وهو كشاهد ليخلص قوله من الإقرار على نفسه لعدم الحق للشاهد.

الثامنة:

قال: قال ابن القاسم: إذا قلت: أيها شئت أخذت [بحقى فتحت (كذا) أحدهما، فله أن][1] يقول: احبسوا معى صاحبى لاستوائهما فى الحالة.

* * *

(١) كذا فى ط.

كتاب الحوالة

وفى الجواهر: مأخوذة من التحويل؛ لأنها تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، فتبرأ بها الأولى ما لم يكن غرور من حيث الثانية، وتستعمل الثانية.

وهى معاملة صحيحة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وهى بر.

وقوله - تعالى -: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]، وهى خير، ونحو ذلك من النصوص الدالة على المعروف.

وأما السنة: فما فى الصحاح: قال - ﷺ -: «مَطْلُ الغنىّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»[1] ورواه سفيان: «إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ فَلْيَحْتَلْ».

وأجمعت الأمة على مشروعيتها.

والقياس على الكفالة بجامع المعروف.

فوائد أربع: الأولى:

قال صاحب التنبيهات: صواب التاء فى الحديث: السكون، وروى بالتشديد، يقال: تبعت فلانا بحقى، فأنا أتبعه ساكنة التاء، ولا يقال: أتَّبعه - بالفتح والتشديد - إلا من المشى خلفه، واتباع أثره فى أمره.

الثانية:

فى قوله ﷺ: «مطلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»، يقتضى أن الحوالة لا تشرع إلا إذا حل دين المحال عليه؛ لأن المطل، والظلم إنما يتصوران فيما حل.

الثالثة:

أنه لا يكون ظالمًا إلا إذا كان غنيًا.

الرابعة:

أن تسميته ظالمًا يوجب إسقاط شهادته، قاله سحنون وغيره.

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٦٤) فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة (٢٢٨٧)، ومسلم (٣/ ١١٩٧) فى المساقاة: باب تحريم مطل الغنى (٣٣/ ١٥٦٤)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٧٤) فى كتاب البيوع: باب جاء مع الدين (٨٤).

وقيل: لا ترد شهادته إلا أن يكون المطل له عادة.

وقال (ح)، وابن حنبل: هى تحويل.

وقال (ش)، وصاحب المقدمات، وابن يونس، وغيرهما: هى بيع مستثنى من بيع الدين بالدين؛ لأجل المعروف، كما خص شراء العرية بخرصها من المزابنة، والشركة، والتولية، والإقالة، من بيع الطعام قبل قبضه، والقرض من ربا النسأ، والحوالة تجوز كذلك معروفًا، فمتى دخلتها المكايسة امتنعت؛ لأنه الأصل.

وقال بعض العلماء: هى عقد مستقل بنفسه، ويمتنع كونها بيعا، للزوم ربا النسيئة فى النقدين، ويشرع فيها لفظ البيع والإجارة[١] بين جنسين.

قال صاحب التنبيهات: هى عند أكثر شيوخنا: بيع مستثنى من بيع الدين بالدين، ومن بيع العين بالعين يدًا بيد.

وقال الباجى: ليس هى من هذا، بل من باب النقل.

وفى هذا الكتاب: بابان:

* * *

(١) فى ط: ولجارة.

الباب الأول:

فى أركانها

وهى أربعة أركان:

الركن الأول: المحيل:

وفى الجواهر: يشترط رضا المحال؛ لأنه إبطال حق له؛ كالبيع، ويلزم من ذلك اشتراط صحة العبارة، فيكون له شرطان.

الركن الثانى: المحال:

وفى الجواهر: يشترط؛ لأنه ترتب حق له فيشترط رضاه؛ لأنه كالمشترى، أو كالموكل، وقاله (ش)، و (ح) خلافًا لابن حنبل، ويلزم من ذلك - أيضًا - اشتراط صحة عبارته، فيكون له شرطان.

الركن الثالث: المحال عليه:

وفى الجواهر: ولا يشترط رضاه، وقاله (ش)، وابن حنبل؛ لقوله ﷺ: «وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى ملىءٍ فَلْيَتْبَعْ»[1].

وقياسًا على التوكيل فى القبض.

ولأنه محل التصرف كالرهن.

واشترط (ح) رضا الثلاثة.

والفرق بينه وبين الوكالة على القبض: أن الوكيل لا يتعين التسليم إليه بخلاف المحال، وقد يكون أنكر عليه، فلا بد من رضا الكفيل.

والجواب عن الأول: أنهما كالمتبايعين، وهو كالعبد المبيع.

وعن الثانى: أن الكفيل لا حق عليه، فاشترط رضاه بخلاف المحال عليه.

وفى الجواهر: يشترط أن يكون عليه دين؛ لأنها فى معنى المعاوضة، فلا بد من ثبوت العوضين، ولم يشترط عبد الملك.

قال: فيكون حقيقتها عنده: تجويز الضمان بشرط براءة الأصيل، ويلزمه اشتراط رضا المحال عليه كالكفيل، ويتفرع على خلافهما: إذا أحاله على من ليس له عنده حق، فأغرم المحال عليه، رجع على المحيل على قول ابن القاسم، دون قول عبد

(١) تقدم.

الملك إلا أن يعلم أنه لا شيء له عليه، وتشترط عليه براءته من الدين فيلزمه، ولا رجوع له على القولين جميعًا.

الركن الرابع: الشيء المحال به:

وفى المقدمات: له ثلاثة شروط:

الأول: الحلول؛ لأنه لو لم يكن حالًا كان بيع ذمة بذمة، فيدخله النهى عن بيع[1] الدين بالدين، وربا النسأ فى النقدين، إلا أن يقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف، فيجوز.

الثاني: اتحاد الدينين قدرًا وصفة، لا أدنى ولا أفضل؛ لأن مخالفة الجنس يصيرها بيعًا لا معروفًا فيرتكب المحذور لغير معروف.

وفى الجواهر: لو كان بينهما تفاوت، يفتقر فى أدائه عنه إلى المعاوضة والمكايسة، وإن لم يلتق ويجبر على قبوله، جاز، كأداء الجيد عن الردىء فيحول عن الأعلى إلى الأدنى، وعن الأكثر إلى الأقل.

وقال ابن حنبل: يشترط اتحادهما جنسًا وصفة، والحلول أو التأجيل، ولا يحال بفضة على ذهب، ولا مكسور على صحيح، ولا يحال بالسلم ولا عليه؛ لأنه غير مستقر؛ لتعرضة للفسخ بانقطاع المسلم، ولا على مال الكتابة، ولا الصداق قبل الدخول؛ لعدم الاستقرار.

وقال (ش): لا يجوز إلا على دين يجوز بيعه؛ كالقرض دون السلم، ولا يصح إلا فى دين مستقر، فيمتنع فى الكتابة.

ويشترط اتحاد النوع والصفة، والحلول والتأجيل، فيمتنع الصحيح بالمكسور فى النقدين؛ لئلا يحصل لأجل ذلك رفق، كالسلف بزيادة، ولا يكفى حلول أجلها عنده خلافًا لنا، ومنع تعليقها على شرط نحو: إن رضى فلان أجلتك، ويمتنع عند شروط الخيار؛ لأنها لم تبن على المغابنة.

الثالث: ألا يكون الدينان طعامًا[2] من سلم، أو أحدهما، ولم يحل الدين المحتال به على مذهب ابن القاسم، ويجوز فى الديون كلها من معاوضة أو نقد،

---

(١) فى ط: البيع.

(٢) فى ط: كعامًا.

ومتى كانا من سلم لا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر، حلت الآجال أم لا، أو حل أحدهما دون الآخر أم لا؛ لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضه، استوت رءوس الأموال أم لا عند ابن القاسم.

وقال أشهب: إن استوت رءوس الأموال، جازت وكانت تولية، فإن كان أحدهما من قرض والآخر من سلم، امتنعت حوالة أحدهما على الآخر حتى يحلا جميعًا، قاله ابن القاسم.

وعن جماعة من أصحابنا: أنهما - كما إذا كانا من سلف - يجوز أن يحيل أحدهما على الآخر إذا حل المحال به.

فرعان

الأول: فى الكتاب: إذا أحال لك مكاتبك بالكتابة على مكاتبه، وله عليك مقدار ما لك عليه، امتنع إلا أن يثبت عتق مكاتبك، فيجوز، ثم إن عجز [عن][1] مكاتبته، رق، ولا يرجع عليه بشىء؛ لأن الحوالة كالبيع، وقد تمت حرمته.

ولا تجوز حمالة بكتابة؛ لعدم استقرارها.

أما الحوالة، فإن أحال لك على من لا دين عليه، امتنع؛ لعدم تحقق المعاوضة، أو له عليه دين حل أم لا، جاز إن حلت الكتابة ويعتق مكانه؛ لأنه أدى الكتابة بما له على غيره.

وإن حل نجم، جازت الحوالة به على من له عليه دين، حل أم لا، ويبرأ المكاتب منه، وإن كان آخر نجومه عتق مكانه، وإن لم يحل النجم إن يجز أن يحيلك به على من له عليه دين؛ لأن هذه ذمة بذمة، وربا بين السيد ومكاتبه.

وكذلك إن لم تحل الكتابة، لم تجز الحوالة بها وإن حل الدين؛ لأنه فسخ دين لم يحل فى دين حال أم لا، وقد تجوز الحوالة ويعتق مكانه؛ لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت، وكأنه عجل عتقه على دراهم نقدًا أو مؤجلة، والكتابة دنانير، لم تحل، وكمن قال لعبده: إن جئتنى بألف درهم فأنت حر، ثم قال له: إن جئتنى بخمسمائة درهم أو بعشرة دنانير فأنت حر، فإن جاء بها كان حرًا، ولم يكن بيع فضة بذهب، لا فسخ دين فى أقل منه، وكأن لم يكن قبله إلا ما أدى.

---

(١) سقط فى ط.

وقال ابن القاسم: ذلك لا ينبغى؛ لأن مالكًا كره بيع الكتابة من أجنبى بعوض، أو غيره إلى أجل، ووسع فى هذا بين السيد ومكاتبه، فلما كره ذلك بين السيد والأجنبى من قبل أنه دين بدين كرهنا الحوالة إذا لم تحل الكتابة؛ لأنه دين بدين.

قال صاحب النكت: قال بعض القرويين: إذا لم تحل الكتابة، وأحال المكاتب سيده بها بشرط أن يعتق الآن معجلا، أو يشترط ألا يعتق - يتفق ابن القاسم، وغيره فى هذين الوجهين، وإن سكت عن شرط تعجيل العتق، وشرط بقاء المكاتب فههنا الخلاف، فيفسخ عند ابن القاسم ما لم يفت بالأجل، وغيره يحكم بتعجيل عتق العبد.

وقياس ابن القاسم الحوالة على البيع من الأجنبى فيه نظر؛ لأن الحوالة بين السيد ومكاتبه أسقطت عنه الكتابة، واعتاض ما فى ذمة الأجنبى فى الأجنبى، لا فرق بين أن يؤدى ذلك للمكاتب أو لسيده، ولم يقع بين السيد وبين الأجنبى مبايعة، إنما وقعت بينه وبين عبده، وبيع السيد الكتابة معاملة، وبينه وبين الأجنبى، لا بينه وبين عبده.

قال التونسى: إذا أحالك مكاتبك على مكاتبه - إلى قوله: عتق مكاتبك مكانه، يجب أن يكون اسم الحوالة براءة لذمة المكاتب من بقية الكتابة، فيكون حرًا من غير تجديد عتق، بل بقبول السيد العوض هو العتق، فكان يجب على هذا إذا رضى السيد بالحوالة على مكاتب مكاتبه أن يكون حرًا بنفس الحوالة، فإن عجز المكاتب الأسفل كان رقًا لسيده؛ لأن الغرر فيما بين السيد وعبده فى هذا جائز، كفسخ ما عليه من الدراهم فى دنانير، فإن الغرر الذى فى هذه الحوالة: أن مكاتب المكاتب قد يعجز بما تعين المحال عليه، بل هى كتابة تارة، ورقبة عبد أخرى، والحوالة يتعين فيها جنس المأخوذ فى الأجنبيين، كما أنك لا تجوز حوالتك غريمك على كتابة عبدك؛ لأنه قد يعجز فيأخذ غير الجنس.

والفرق بين جواز بيع الكتابة مع إمكان [الاتصال بل الرقبة؛ لأن الأصل الحوالة أخصه فلا تتعدى محلها][1]، والقياس: جواز حوالة المكاتب بما لم يحل من

---

(١) كذا فى ط.

نجومه إذا أحال بجملتها، أو تأخر نجم منها يكون نفس [الحوالة ما وجب العتق على ما تقدم][1]، والسكوت عن شرطه كشرطه، وهو قول غير ابن القاسم.

واختلف فى فسخ الكتابة فى غيرها مع تعجيل العتق، فأجيز وكره، واتفقوا فى قطاعة أحد الشريكين أنها تجوز، فإن لم يتعجل عتق نصيب المقاطع؛ لعدم قدرته على تعجيل عتقه.

قال ابن يونس: قوله: إذا أحال لك مكاتبك على مكاتبه: يريد لم تحل كتابة مكاتبك.

قال اللخمى: مكاتبك حر؛ لأن هذه مبايعة، اشترى كتابته منك بل كتابته فقبض لكله من الآن.

وإن قال لك: إنما يقبض ما عليه، فإن عجز كانت الرقبة لى وأوفيك الباقى، لم يكن حرًّا بنفس الحوالة؛ لأن له تعلقًا فى الرجوع متى عجز الآخر، ويختلف حينئذ، هل هى صحيحة أم لا؟

فعلى القول بجواز فسخ الكتابة فى غير جنسها إلى ذلك الأجل أو أقرب أو أبعد، فإن لم يثبت العتق بجوازها هنا ما جعله المكاتب من إعطائه للكتابة الآخر؛ لأن ذلك مال الكتابة، ومن منع تلك المسألة إلا بشرط العتق منع ههنا إن لم يثبت العتق.

وإن أحال لك على دين له على غريم بنجم حل، جاز ويسقط إن كان من أوسطها، ويكون حرًّا إن كان آخرها بنفس الحوالة، وإن أحالك بما لم يحل بجميع الكتابة، أو تأخر نجم ولم يحل، فهى فاسدة عند ابن القاسم، والعبد فى كتابته على حاله؛ لما علل به فى الكتاب.

وعلى قول غيره فى الكتاب بالجواز، هو حر بنفس الحوالة؛ لأنه أحالك على دين ثابت، وإن أحالك بنجم من أوسطها ولم يحل، جرت على القولين إذا فسخ الكتابة فى غيرها، ولم يعجل العتق.

الثانى: فى الكتاب: إذا أكريت دارك بعشرة، إن أحالك بالكراء على من ليس له عنده دين، جاز، وهى حمالة، ولا يطلب الحميل إلا فى فلس المكترى أو موته

---

(١) كذا فى ط.

عديمًا.

وإن أحالك قبل السكنى على من عليه دين: جاز إن كانت عادتهم الكراء بالنقد أو اشترطاه، وإلا لم يجز له؛ لأنه فسخ دين لم يحل فى دين أم لا.

وإن اكترى منك بدين له حال أو مؤجل على مقر وحملك[١] عليه، جاز إن شرعت فى السكنى.

قال التونسى: انظر قوله شرع فى السكنى، فإذا جاز كراء الدار بدين ابتداء، ما الذى يمنع من كرائها بدين لى على رجل، وإن لم يشرع فى السكنى:

فإن قيل: السكنى كالمتعلق بالذمة؛ لأن ضمانها من المكرى، وهى تؤخذ شيئًا فشيئًا فلا يكون كالكراء بالدين إلى أجل.

وفى الموازية: إذا اكترى بالنقد ثم أقاله على أن يؤخره بالكراء سنة، يمتنع، وفيه [بعد له][٢] رجوع الدار لربها، وملك قبلتها، ومنفعتها بثمن إلى أجل، وقد قالوا فيما لا يضمنه مشتريه كالجارية المواضعة، وسلعة غائبة: إنه يجوز شراؤه بالدين، ولم يذكروا خلافًا، وذكر الخلاف فى كراء الدار، والأجير بدين على رجل.

واختلف فى شراء الدين بما يقبض إلى يومين:

منعه فى المدونة، وفرق بينه وبين[٣] عقد الذمم: بأن يسلم دراهم إلى ثلاثة أيام فى سلع إلى أجل، فأجاز هذا ومنع ذلك؛ لتقرر الدين قبل العقد فى الذمة.

وأجاز ذلك فى الموازية نقدًا، فقد يقال على هذا: إنه ابتداء عقد بالدين بخلاف كرائها بدين وقد تقرر فى ذمة غير مكتريها عقد كرائها به فيمتنع على هذا وقد شرع فى السكنى إلا أن يختلف الأمر ههنا للاختلاف فى أن الكراء يؤخذ من دين فى ذمة المكترى.

إذا شرع فى السكنى، وفى هذا كله نظر.

قال ابن يونس: [إنما اشترط الشروع فى السكنى؛ لأن][٤] الحوالة من فسخ الدين فى الدين، وهو أشد من بيع الدين بالدين لجواز تأخير رأس مال السلم إلا بأمر.

---

(١) فى ط: وحيلك.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: وبينه.
(٤) فى ط: إنما اشتر لشروع فى السكنى أن.

ولو أسلم فى عرض ثم باعه منه، امتنع تأخير الثمن ساعة؛ لأنه فسخ دين فى دين، فلذلك فرق بين كرائها بدين لك على رجل آخر وكرائها عليك، منعه فى الحوالة، إلا أن يشرع فى السكنى، وأجازه فى كرائك بدين عليك، وإن لم يستثن فى السكنى.

وروى عن مالك: المنع.

قال اللخمى: قوله: إلا أن يفلس المكترى، أو يموت، ولا يترك شيئًا: إنما يصح التبدئة بالمكترى إذا كان ذلك الشرط فى الحوالة من المكترى، وقصد أن يتحمل له، فأما إن كان ذلك الشرط من المكترى يقتضى حالة على وجه الهبة، أو السلف، لم يكن للمكترى أن يبتدئ بالمكترى، ولا يكون له مقال، إذا لم يعلم أنه لا دين له عليه؛ لأن هذه هبة قارنت العقد، ولا يسقطها فلس ولا موت، وليس هبة الرقاب، والمنافع والسلف فى ذلك سواء.

ولو كانت الحوالة بعد عقد الكراء بالنقد، جازت، وإن كان إلى أجل، امتنعت الحوالة بما لم يحل.

* * *

الباب الثانى

فى أحكامها

وهى عشرة أحكام:

الأول: فى مشروعيتها:

قال صاحب المقدمات، واللخمى، وغيرهما: هى مندوب إليها.

قال صاحب التنبيهات: هو قول أكثر شيوخنا؛ لأنها معروف ومكارمة من الطالب، كالكفالة، والقرض، والعرايا، فبذلك تعين صرف الأمر فى الحديث عن الوجوب إلى الندب.

قال: وقال بعض أصحابنا: هى على الإباحة؛ لأنها من بيع[1] الدين بالدين، والأمر بعد الحظر للإباحة.

وقال أهل الظاهر: هى على الوجوب؛ لظاهر الأمر، فمن أحيل وجب عليه القبول، قاله صاحب المقدمات.

ويرد عليهم مخالفته القواعد، وأنه قد يحيله على من يؤذيه أو لا يقدر عليه، ويحيلك الذى أحلت عليه على غريمه كذلك إلى غير النهاية.

الثانى: فى الكتاب: إذا رضيت بالدين الذى على المحال عليه، برئت ذمة غريمك، ولا يرجع عليه فى غيبة المحال عليه أو عدمه، ولو غرك من عدم تعلمه أو فلس، فلك طلب المحيل، ولو لم يغرك لزمتك الحوالة.

ووافقنا (ش)، وابن حنبل فى البراءة أبدًا.

وقال (ح): يرجع فى حالتين:

إذا مات المحال عليه مفلسًا.

وإذا جحده، وحلف عند الحاكم، وليس له بينة.

للمسألة أصلان:

أحدهما: أن الحوالة تحويل الحق وليس بتبديل، ولهذا جازت الحوالة بالمسلم

(١) فى ط: خص.

فيه، وعلى أصلهم: يمتنع؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه ممنوع، وعند المخالف هى تبديل دين بدين، وذمة بذمة، وهو غير صحيح؛ لأن تبديل الدين بالدين لا يجوز، ولأن اسم الحوالة من التحويل لا من التبديل.

والأصل الثانى: أن الحوالة معاوضة عندنا، ولهذا أسقطنا المطالبة من الجانبين، وقد اتفقنا على تعذر المطالبة والتخفيف بالإبراء فدل على انقضاء [. . .][1] وعند المخالفة هى معاوضة غير مقبوضة.

لنا: قوله ﷺ المتقدم، وهو يدل من وجهين:

أحدهما: أنه أمر باتباع الملىء ولم يخص حالة دون حالة.

وثانيهما: أنه ﷺ اعتبر وصف الملاءة، مع جواز الحوالة على المعسر إجماعًا، فيكون معتبرًا فى ألا يدخل على المحال ضرر، لا فى جوازها، وإنما يحصل له الضرر بعدم الملاءة إذا تحول الحق مطلقًا.

وأما القياس على ما إذا لم تتغير حاله، أو بالقياس على ما إذا فلس فى حال حياته، أو تقول عند [ما] تعلق بالذمة فلا ينفسخ بموت صاحبه، كموت المشترى مجلسًا بل أولى؛ لأن دين الثمن ثبت لمعاوضة تنفسخ بهلاك المعوض قبل القبض، ودين الحوالة لا ينفسخ بهلاك مقابله.

ويؤكده: أن دين الحوالة لا يشترط فيه القبض؛ لأن القبض والدينية يتضادان.

ولأن فوات الدين بالإفلاس لو وجب الرجوع، لكان تعذر استيفاؤه فى وقت استحقاق الاستيفاء، فثبت حق الفسخ كبدل الصلح.

ولأن البائع له جنس المبيع بالثمن، فلو أحاله المشترى، لزمه تسليم المبيع، وكذلك الضامن من لا يرجع على المضمون حتى يزن، فلو أحال الضامن المضمون له على غريمه، كان له الرجوع، فصارت حوالة كالوزن، والوارث لا يتصرف فى التركة، وإذا أحال صاحب الدين، جاز له التصرف، أو تعذر استيفاء الحق من المحال عليه، فلا يرجع كما إذا وهب[2] المحال عليه.

واحتجوا: بأن عثمان - رضى الله عنه - قضى فى رجل أحيل إلى ذمة فمات

---

(١) بياض فى ط.

(٢) فى ط: هب.

المحال عليه مفلسًا: أن له الرجوع على المحيل، وقال: كانوا على مسلم.

وبالقياس على ما إذا صالح من الدين على عبد فمات العبد قبل القبض.

ولأنه إنما احتال بشرط السلامة، وهو مقصود العقلاء فى العادة.

ولأن إفلاس المشترى بالثمن يوجب الرجوع، فكذلك إفلاس المحال عليه؛ لأنه إنما يجرى مجرى الغبن أو الاستحقاق، فأينما كان فإنه يوجب الرجوع.

ولأن فى الحوالة معنى المعاوضة؛ لأنها تقبل الفسخ كالإقالة فى البيع.

ولأن مقصود الحمالة توثيق الحق، فإذا أغرم عاد إلى حقه، كما لو قبض دينه فوجده زيوفًا.

ولقوله ﷺ: «ومن أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ»[1] دل على اعتبار الملاءة فى ترتيب الحوالة؛ لأن ترتيب الحكم على الوصف يدل على عِلِّيته، فتكون الملاءة علة ثبوت الحوالة، وعدم العلة علة لعدم المعلول، فتعدم الحوالة وتعود لحقه؛ فالحديث منقلب عليكم.

والجواب عن الأول: منع الصحة.

سلمناه، لكنه معارض بما روى عن على - رضى الله عنه - أنه سأله رجل له حق، فأحاله، ثم رجع إليه وزعم أن المحال عليه قد أفلس، فقال له على - رضى الله عنه -: «اخترت علينا غيرنا»، ومنعه الحق.

عن الثانى: أن المصالح عليه عين، والعقود تبطل عند تعذر المعينات، والحوالة والعقد لا يبطل لتعذر ما فى الذمة كالبيع.

عن الثالث: بل دخل على توقع الفلس والموت لا يكون أتم غرضًا من المبايع، ولا يبطل عقده الفلس والموت.

عن الرابع: [أن البائع غير شبه فى يده، فاستصحب ملكه عليه][2] إنما عاوض على غير معين، فاتبعت الذمة عند التعذر، كالبائع إذا سلم المبيع ثم أفلس المشترى، أو مات بعد هلاك العين المبيعة.

عن الخامس: أنه ينتقض بالفلس فى الحياة.

---

(١) تقدم.

(٢) كذا فى ط.

عن السادس: أن مقصود الحوالة: تحول الحق، وما تحول، والأصل: عدم رجوعه، وأما إذا قبضه زيوفًا، تبين أن المحول لم ينقبض فرجع للذمة؛ كالمسلم إذا قبضه معينًا فإنه يرجع لذمة المسلم إليه.

عن السابع: أنَّا بينَّا أن اشتراط الملاءة لنفى الضرر، [لا لمشروعية الحوالة][(١)]، بدليل جوازها على المعسر إجماعًا.

تفريع: فى النكت: إنما فرق بين الحوالة لا ترد إلا إذا غر، وبين العيب فى البيع يرد به، غر أم لا؛ لأن البيع باب مكايسة فغلظ على البيع، والحوالة معروف، فسهل على المحيل به.

قال التونسى: إذا مات المحال عليه فقال المحال: [احتال][(٢)] على غير أصل، وقال المحيل: بل على دين - صدق المحيل؛ لأن دعواه أصل الحوالة وظاهرها.

قال: وانظر على هذا: لو أحاله ثم أنكر المحال عليه أن يكون عليه دين، هل ذلك عيب فى الحوالة لقول المحال: لو علمت أنه ليس له بينة لما قبلت الحوالة، أو يقال له: أنت فرطت حين أحالك عليه وهو حاضر أن يشهد عليه، وهو الأظهر، فلو كان غائبًا لكان للمحال حجة، فإن مات قبل أن ينكر ينبغى أن يكون غنيًا، وجعل فى الكتاب الغرور بالفلس عيبًا يوجب الرد، ولو اطلع البائع على فلس غره به المشترى، لم يكن له الرد؛ لتعذر كشف ذم الناس، وبيع الدين نادر، فإنه إذا لم يجز بيع الدين إلا بعد العلم بعدم الغريم وملائه، كان عيبًا فى الحوالة إذا غره.

قال: فانظر على هذا: لو لم يغره فوجده خرب الذمة، لم تكن له حجة؛ كشراء الدين فإنه لا يجوز إلا بعد معرفة ملائه من عدمه.

وفى الموازية: إن أحلت على من ليس لك عليه شيء، ثم دفعت للمحيل الحق فأفلس ومات فرجع الغريم عليك وقال: كانت حمالة، وقلت: حوالة - صدق، ورجع عليك، وترجع أنت على الآخذ منك.

ولو أحلت على المودع بالوديعة، وضمنها المودع للغريم، فوجدها قد ضاعت - صدق فى الضياع وضمن الطالب؛ لأجل ضمانه لمن [...][(٣)] إلا أن يكون

(١) فى ط: ولا مشروعية الحوالة.

(٢) فى ط: احتاض.

(٣) بياض فى ط.

[. . .][(١)] ويرجع المودع عليك؛ لأنه أدى فى حقك مما يلزمك.

قال اللخمى: [. . .][(٢)] مالك [. . .][(٣)] الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه.

قال: وله الرجوع مع أنه لم يغره؛ لأنه [. . .][(٤)] فى الذمة، ولو علم ذلك لم يحتل وإذا فلس المحال عليه بعد الحوالة، أو مات، أو غاب، لم يرجع إلا أن يشترط الرجوع، قاله المغيرة.

وإن قال: اقبض حقك [. .][(٥)] فإن لم يقبض رجع؛ لأنه لم [. . .][(٦)] وإنما أراد كفايته المرومة، ولو قلت لشريكك فى المكاتب: خذ هذا النجم أفديك عنه وأنا آخذ النجم الآخر، ثم فلس الرد عليه الدين فترجع على صاحبك؛ لأنه [. .][(٧)] لا حوالة بل وكالة [عند] ابن القاسم، ولو قلت واحتال على النجم الآخر لم ترجع.

تنبيه:

الحوالة: هى تحويل الحق من ذمة إلى ذمته، وقد تقدم فى كتاب الحمالة حقيقة الذمة ما هى، هل هى وجودية أو عدمية؟ وهل هى حكم شرعى أو وصف حقيقى؟ وتفصيل أحوالها هنالك.

الثالث: فى الكتاب: إذا لم [تقبض][(٨)] مما أحالك به حتى فلس [المحيل][(٩)]، لا يدخل غرماؤه معك فى ذلك الدين؛ لأنه كبيع نفذ.

الرابع: فى الكتاب: إذا أحالك على من ليس له قبله دين، فليست حوالة بل حمالة، لها حكم الحمالة، فإن شرط عليك المحيل [. .][(١٠)] فرضيت لزمك أن

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.
(٨) فى ط: يقبض.
(٩) فى ط: المحتل.
(١٠) بياض فى ط.

[. .](١) بعدم الدين وإلا فلك الرجوع؛ لأنه غرر.

وعن مالك: حرق صحيفتك واتبعنى بما فيها من غير حوالة بدين له عليه بل حمالة، فاتبعه حتى فلس أو مات، ولا وفاء له، فلك الرجوع على الأول.

قال ابن يونس: لأن المتحمل إنما هو رجل وعد بالسلف فليس مخالفًا لما تقدم، وتأول بعضهم: حرق صحيفتك [. . .](٢) أنه حميل، ولا رجوع له على المحيل، ومعناه ليس يحتمل إلا أنه كان اشترط أن يبتدأ بطلب المحال عليه فمات معدمًا رجع على الذى عليه الدين.

وعن مالك: إذا قال: لك علىّ - لمن ليس له عنده إلا بعض الحق - تمت الحوالة فى قدره، والباقى فى حمالة يتبع أيهما شاء به.

قال محمد: إذا كان له عليه خمسون، أو أحالك عليه بمائة، وعليه لغريمك مائة، وترك مائة والحميل غائب، فالميت يحل ما عليه دين، ومن الحمالة، فتخلص غرماءه بالمائة [. . .](٣) خمسين نفسها على الحوالة، والآخر من الحمالة، فنصيب الحمالة يعين دينًا للميت على الحميل الغائب ولكانت عليه بهذه الخمسين التى هى حمالة، وهى خمسة وعشرون، و [. . .](٤) بها أيضًا حميل، وبقى لك على الميت خمسة وعشرون حوالة لا ترجع بها على أحد، فإذا قدم الغائب أخذت منه الخمسين للحمالة خذها لنفسك والميت، فترد على الميت منها الخمسة والعشرين التى كنت أخذت فى المحاصة بسبب الحمالة، والذى كان هذا الميت تضرب فيه أنت بما بقى لك على الميت من الحوالة، وهى خمسة وعشرون؛ لأنه لم يبق لك من الحمالة شىء، ويضرب غرماء الميت بما بقى لهم وهو خمسون فتأخذ أنت ثلثها، وهم ثلثيها. وإن لم يوجد فى مال القادم إلا خمسة وعشرون، لزمك نصفها، وهو اثنا عشر ونصف إلى الميت فتخلص فيها أنت غرماءك بما بقى لك من الحوالة، وقد بقى لك من الحوالة خمس وعشرون صار كأنه لم يجب لك عن الميت بالحمالة إلا خمسة وعشرون وفيها [. . .](٥) أن يحاص فكأن بقى لك اثنا عشر ونصف إذا صار

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

لكل غريم نصف حقه فيعطى مفردًا اثنى عشر ونصف؛ لأنك أخذت خمسة وعشرين [. . .][1] غرماء الميت من ماله فتضرب أنت بما بقى لك من الحوالة خمسة وعشرين، ومن الحمالة اثنى عشر ونصف فذلك سبعة وثلاثون ونصف، فتحاص به [. . .][2] اثنى عشر ونصف [. . .][3] الحمالة ولو لم يوجد له إلا عشرون، أو كانت هى التى أصابتك فى الحصاص.

قال اللخمى: إذا أحالك على غير دين، وذلك هبة، أو تحمل، أو سلف، ثم فلس المحال، أو مات لا يختلف أنه يبدأ بالمحال عليه.

وفى الهبة قولان: قيل: هى بالحوالة كالمقبوضة فيضرب مع الغرماء، وما عجز لم يرجع.

وقيل: ليست مقبوضة فلا يضرب، وهذا مع علم المحال أنه أحيل على غير دين، فإن لم يعلم رجع الآن؛ لأنه عيب فى الحوالة، ولا يطالبه الآن للاختلاف فى سقوطها عند الفلس إلا أن يعلم أن الواهب - وهو المحال عليه - مأمون الذمة لا يخشى فلسه يرفع إلى حاكم فيحكم بالقول بوجوبه عند الفلس فيسقط العيب، وإن كان ذلك على وجه السلف فلم يجد عنده شيئًا، رجع، قولا واحدًا.

وأما إذا قال: خَرّق صحيفتك واطلبنى، فهو وعد بالسلف، فلا يثبت له حتى يعطى، فإن كان الحميل موسرًا فلمن عليه الدين أن يرجع عليه، ولا يدخل معه غرماء المحال عليه؛ لأن صاحبهم لم يصح منه سلف، وإن كان الأول معسرًا، وأحب هذا أن يضرب مع غرماء المحال عليه فله ذلك على القول فيمن أحال على هبة؛ لأن هذا وهب منافع، وأحيل عليه فيها، فإن ضرب معهم ثم أيسر غريمه ببعض حقه، رجعا جميعًا فيرجع غريمه بما بقى له، ويضرب غرماء المحال عليه بما قضى عنه من مال غريمه.

فرع مرتب: قال محمد: إذا قلت بعد موت المحال عليه: أحلتنى على غير مال، وقال: بل على دين ثابت - صدق؛ لأنه أصل الحوالة.

وقال عبد الملك: إذا قال المحال: كانت دينًا عليك، وقال الآخر: إنما أحلتك

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

لتقبضها لى، فإن أشبه أن يكون للمحال على المحيل حق، حلف، وإلا حلف الآخر، فهى حوالة حتى تثبت الوكالة، فعادته: التصرف له أو التوكيل له، أو المحال ممن لا يشبه أن يملك مثل ذلك.

قال ابن القاسم: لو قال المحيل: أقرضتك، وقال الآخر: بل حوالة لى، فالمتقارض غارم.

قال: والمسألتان سواء بعد هذه أحرى أن يقبل قول القارض؛ لأنه مقر أنه أحاله فقبضها لنفسه، وفى الأول: يقر أنه جعل له قبضها لنفسه ولك.

وأرى أن ينظر: هل بينهما ما يشبه السلف أم لا؟

الخامس:

فى البيان: قال ابن القاسم: إذا بعت عبدًا بنظرة فأحلت على المشترى وأقر الذى أحيل ثم رد العبد بعيب، فإن كان للمحتال دين فأحلته به، غرم ذلك المحال عليه، أو هبة وأحلته بها، لم يغرم شيئًا إذا لم يكن دفعها، وإن هو دفعها إليه، لم ينتفع بها الموهوب إليه أو المتصدق عليه، ولم يتبع بها إلا البائع، ودفعه إياها كقبض البائع لها فيتصدق بها؛ لأنه يوم فعل ذلك لم يكن عليه دين يرد الصدقة.

قال: وهذا على القول بأن الرد بالعيب نقض للبيع، ويدخل فيه قول أشهب فيلزمه على مذهبه؛ لأن الغيب كشف أنه أحال ما لم يملك.

وعلى القول بأنه ابتداء بيع، يلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولا واحدًا.

وكذلك يختلف: إذا وهب الثمن، أو تصدق ثم استحق العبد أو رد بعيب.

وفى الكل أربعة أقوال:

الهبة والصدقة تفويت، ويدفع المبتاع إلى الموهوب ويرجع على البائع، قاله ابن القاسم.

والثانى: لا يفوت إلا بالقبض.

والثالث: لا يفوت إلا باستهلاك الموهوب به، فإن لم يستهلكه، استرده المشترى منه.

والرابع: [يطأ ؛ لأن الهبة والصدقة فى جميع الأحوال ولو][1] كشف الغيب عن

---

(١) كذا فى ط.

عدم الملك، فإن استهلك رجع المبتاع على البائع، ورجع البائع على المتصدق عليه أو الموهوب له، قاله ابن القاسم.

وهذه الأربعة فى مسألة الحوالة، وفى الهبة قول خامس: إن كان الواهب [. . .][١].

* * *

(١) بياض فى ط.

كتاب الإقرار

وهذه المادة، وهي: الإقرار، والقرار، والقر، والقارورة، ونحو ذلك: من السكون والثبوت؛ لأن الإقرار يثبت الحق، والمقر أثبت الحق على نفسه.

والقرار: السكون، والقر: البرد، وهو يسكن الدماء والأعضاء، والقارورة: يستقر فيها المائع.

وأصلها: من الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة.

أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١] وقوله - تعالى - : ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢]، وهو كثير.

وأما السنة فما في الصحيحين [. . .][١].

* * *

(١) بياض في ط.

الباب الأول

فى الأركان

وهى أربعة:

الركن الأول: المقر:

وفى الجواهر: ينقسم إلى مطلق، ومجبور.

فالمطلق [...][١] لم يجز إقراره [...][٢]؛ لتعذر الإشهاد عليه، وأبطله (ش).

وقال صاحب الإشراف - وهو القاضى عبد الوهاب -: لا يصح إقرار المراهق؛ لقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وفى بعضها: حَتَّى يَحْتَلِمَ»،[٣] وزمن إقراره كان القلم مرفوعًا عنه.

وقياسًا على الشهادة أو على غير المأذون.

واتفق الجميع على قبوله فى الاحتلام فى زمان الإمكان.

وأما السكران ففيه خلاف تقدم فى الطلاق.

وقال (ش)، وابن حنبل: إن كان سكره بسبب مباح، كمن شرب دواءً للتداوى، أو أكره على السكر، فهو كالمجنون، وإلا فهو كالصاحى.

وهو عند (ح) كالصاحى.

ومنع (ح) إقرار المريض لابن العم مع البنت ونحوهما، وبالعكس.

وعند (ش) قولان فى جواز الصورتين، والصحيح عنده: الإمضاء، ووافقنا ابن حنبل.

وأصل المسألة: أن المرض هل يؤثر فى الإقرار أم لا؟

لنا: أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيبطل مع الظلم[٤]، ويصح مع عدمه؛ كالشهادة.

---

(١) بياض فى ط.

(٢) بياض فى ط.

(٣) تقدم.

(٤) فى ط: الظلمة.

وهذا بخلاف قول من قال: إنها حالة الإنابة وحسن الحالة والبعد عن الذنوب، فلا يقدح فى الإقرار؛ لأنه يبطل بالشهادة، ولأنه ممنوع من أن يهب للوارث شيئًا من خالص ماله، وهو الثلث؛ لأجل الحجر، والحجر يمنع صحة الإقرار؛ كالجنون.

احتجوا بقوله - تعالى -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥].

وشهادة الإنسان على نفسه إنما هى بالإقرار.

ولأنه يصح إقراره بوارث، أو يقال: صح إقراره، [. . .][١] فيصبح للوارث كالصحيح، أو المرض، يعنى: [يمتنع التبرع فيه][٢] لحق الورثة، فلا يمنع الإقرار بحق الورثة كالزائد على الثلث فى حق الأجنبى، أو معنى يعلم به وجوب الحق، فيستوى فيه المريض والصحيح، والوارث والأجنبى؛ كالبينة.

والجواب عن الأول: [أن][٣] كل ما وجب إظهاره وجب قبوله، كالفاسق يجب عليه إظهاره [. . .][٤] من الشهادة، ولا يلزم العمل بها، والسفيه والعبد يجب عليهما الإقرار بما عليهما ولا يلزم قبوله.

عن الثانى: أنه لا يتهم فى إلحاق النسب، بخلاف الإقرار للوارث [. . .][٥] بينهما يثبت منها، وما يثبت [. . .][٦] وهو الجواب عن الثالث.

وعن الرابع: أن الزائد على الثلث حق الوارث فيمكنه إجازته والإقرار إذا [. . .][٧] لزم الوارث غرماءه وجب.

تفريع: فى الكتاب: إذا أقر [. . .][٨] وما أخذ به الصحيح أنه فعله أخذ به ما لم يمرض المقر أو يموت فيبطل، فإن قامت به بينة، إلا العتق والكفالة؛ لأنه دين يثبت

---

(١) بياض فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) فى ط: أظاهره.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.
(٨) بياض فى ط.

فى ماله فى الصحة.

وإذا أقر المريض أنه فعله فى صحته من عتق أو كفالة أو صدقة أو غيرها، لوارث أم لا - بطل من الثلث وغيره، فيكون ميراثًا.

قال صاحب التنبيهات: أكثر المختصرين - كابن أبى زيد وغيره - قد سووا بين الكفالة والصدقة فى البطلان، وحملوا الكتاب عليه.

وبعضهم فرق بين الكفالة: فتلزم؛ لأنها دين، وغيرها فلا يلزم، قاله أبو عمران، وغيره.

وقال: إنما يبطل منها ما هو لوارث، ومن لا يصح إقراره له فى المرض.

وفرق بعضهم فقال: إن أقر فى مرضه أنه تكفل فى صحته فى أصل عقد بيع أو قرض فيلزم؛ لأنه[1] دين لا معروف؛ لأنه أخرج به الملك من يد مالكه، أو بعد العقد فهو معروف.

وقوله فى العتق: لا يلزم فى ثلث، ولا غيره: هو كذلك إلا أن يقول: أنفذوا هذه الأشياء، فيخرج من الثلث [. . .][2] أن العتق فيما إذا لم يأمره بتنفيذه يخرج من الثلث؛ لأنه لو ثبت خرج من رأس المال بخلاف الصدقة والحبس إذ لو ثبت لعدم الحوز.

قال محمد: هذا غلط، ويبطل ذلك كله.

وفى الجواهر: لو أقر أنه وهب لوارث فى الصحة، لم يقبل، وحمل على الوصية؛ للتهمة، ولو أقر بدين مستغرق ومات فأقر وارثه بدين مستغرق، [. . .][3] لقدم إقرار الوارث، لوقوع إقرار الوارث بعد الجحد، ولو أقر بعين ما فى يديه لشخص، ثم أقر بدين مستغرق، سلم العين للأول، ولا شىء للثانى؛ لأنه مات مفلسًا.

فروع عشرة:

الأول: قال الطرطوشى: إذا أقر المريض لأجانب لا يتهم عليهم، وأقر لبعضهم فى الصحة، ولبعضهم فى المرض، وضاقت التركة - استووا فى المحاصة، وقاله

---

(١) فى ط: لأن.

(٢) بياض فى ط.

(٣) بياض فى ط.

(ش).

وقال (ح): يقدم غرماء الصحة، ولا خلاف أن من تقدم إقراره في المرض لشخص ثم أقر لآخر أنهما سواء، وإن كان للتقديم والتأخير أثر في التبرعات.

وقال: لو حابى ثم [...][1] قدمت المحاباة، ولو عكس تساويا.

وأصل المسألة: أن المرض لا يؤثر في الإقرار عند (ش)، ويؤثر عند (ح).

وعندنا: يؤثر في محلٍّ تقوى فيه التهمة.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥]، وشهادة الإنسان على نفسه إقرار.

وقال ﷺ: «قُولُوا الْحَقَّ وَلَوْ عَلَىَ أَنْفُسِكُمْ»[2]

ولأنه دين ثبت في المرض، فساوى الثابت في الصحة؛ كما إذا ثبت بالبينة في المرض، أو كدينين ثبتا في الصحة وتساويا.

ويؤكده: أنه لو أقر بزوجية امرأة وأنه لم يدفع الصداق، أو بظن بيع معين وأنه لم يدفعه، فإنه يساوي ديون الصحة؛ لأن المرض لا يحدث حجرًا في الإقرار في حق الأجانب، لا حق الوارث[3]، وأحدثه في التبرعات مع كون حق الوارث أقوى اتفاقًا.

وإذا أحدثنا الحجر في التبرعات فلا يؤثر فيها دون الإقرار ثم [كالوقف حجرًا في الإقرار][4] بالعقوبات فلا يؤثر فيها ما أحدثه في المال فأثر فيه، فلا فرق في الصحة والمرض؛ كالتبرع في الصحة، ورد بعضها في المرض، وذلك لا يوجب فرقًا في الأقارير عنه؛ لانتفاء التهمة؛ لأن الأقارير واردة[5] على الذمة، والذمة لا تختلف في الصحة والمرض، والدين الأول ما تعاقد بالصحة، أو نقول: كل حق لو ثبت بالبينة

---

(١) بياض في ط.

(٢) قال الحافظ بن حجر: رويناه في جزء من حديث أبي يعلى بن شاذان عن أبي عمرو بن السماك.

ينظر مع الكلام عليه في التلخيص (٣/ ١٢٥).

(٣) في ط: لا حد الوارث.

(٤) كذا في ط.

(٥) في ط: ولا ردة.

في حال المرض ساوى ما ثبت بالبينة في حال الصحة، وكذلك ما ثبت بالإقرار [. . .][1] كان الوارث المقر به يرث المال كالمقر به في الصحة، وأما مهر الزوجة [. . .][2] خوف ألا يفصل لو ثبت في مقر الأجنبي [على بعده فعلى الوارث إن كان المرض لابنا في صحة الإقرار][3]، بل يوجب تعلق الحقوق بالمال، ولا يمنع من المزاحمة فيه، فكذا إذا أقر السيد بجناية العبد المرهون.

والجواب عن الأول: أن العبد الأصل فيه الحجر والإطلاق على شروطهما [. . .][4].

عن الثاني: لا نسلم أنه أقوى؛ لأن الإقرارين إخبار عن الحق، وأما الكفن فإنه لا يقبل التأخير؛ لأنه لا يحتاج إليه في نفسه ككسوته ومؤنته في الحياة، كما قدم الغريم على الوارث؛ لأن الدين موجب لحقه فهو مشعر بالحاجة، وحق الوارث أنهما يتعلق بالفاضل، وهذا لا يوجب فرقًا في الأقارير.

عن الثالث: أنه يبطل في الصحة ويوقف في المرض، فإن التهمة في الإقرار الثاني إذا أقر بزوجية امرأة، وأنه لم يدفع الصداق، وبثمن مبيع وأنه لم يدفع الثمن.

عن الرابع: لا نسلم تعلق الحقوق بالمال، بل الإقرار يصادف الذمة كالمال.

الثاني: قال صاحب الإشراف: إذا أقر في المرض بقبض دينه ممن لا يتهم في حقه، قُبِلَ إقراره وبرئ من كان عليه الدين، سواء أدى في الصحة أو في المرض.

وقال (ح): يقبل إقراره فيما أدانه في الصحة دون المرض.

لنا: قياس أحدهما على الآخر؛ بجامع إقرار البالغ العاقل مع نفي التهمة، أو كما إذا باع دارًا وأقر بقبض ثمنها.

الثالث: قال الطرطوشي: إذا أقر بعض الورثة بدين على الميت، لزمه بقدر حصته، قاله مالك.

وقال ابن حبيب: أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول وَهْمًا من مالك؛ لأنه

---

(١) بياض في ط.
(٢) بياض في ط.
(٣) كذا في ط.
(٤) بياض في ط.

لا ميراث إلا بعد قضاء الدين، جميع الدين.

والصواب: قول مالك، وهو قول ابن القاسم، وأحد قولى (ش)، والقول الآخر هو قول (ح).

وأصل المسألة: أنه إقرار على البت شائع فى التركة، أو هو إقرار على نفسه بما فى يده عند (ح).

لنا: أنه متعلق بمال التركة فتكون بالحصة؛ كالإقرار بالرهن والجناية فى عبد مشترك، والشريك الآخر منكر، وكما لو صدقه باقى الورثة، ولأنه لو أقر لواحد بألف، والتركة ألف، ثم أقر لآخر، بطل الثانى، فدل على أن الإقرار على التركات لا يلزمه حصته، كما لو أقر بعين سماها، لم يلزمه إلا محاصته.

أو نقول معنى يثبت به الدين فى التركة فأثبته شائعًا فى الدار [...][1] على الجميع، كالبينة.

ولأنه اجتمع إقرار معتبر وإنكار معتبر بدليل تحليف المنكر، والإنكار يختص بحالة المنكر فيتعذر إثبات الحق على المنكر.

احتجوا: بقوله - تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، فقدم الدين على الميراث فلا يتسلم المقر شيئًا إلا بعد قضاء الدين.

ولأن الدين يتعلق بالتركة وبكل جزء من أجزائها، والمنكر كالغاصب، فيتعلق الدين بالباقى؛ كما إذا أقر الموروث بغصب بعض ماله.

والجواب عن الأول: أن الله - تعالى - كما ذكر الدين ذكر الوصية، ولو أقر بالوصية وجحدها أخوه، لم يلزمه فى نصيبه إلا بحصته، وكذلك فى الدين، ثم إن الدين إنما يقدم إذا ثبت، ولم يثبت عندنا إلا بقدر حصته فقط.

عن الثانى: أن إقراره إنما أثبت حصته من الدين، أما جميعه فلا، بخلاف إقرار الموروث.

الرابع: قال صاحب البيان: إذا أقر أحد الزوجين لصاحبه بدين فى المرض، فأربعة أحوال: فإن أقر لوارث، والمقر له وغيره من الورثة فى منزلة واحدة فى

---

(١) بياض فى ط.

القرب، فيبطل اتفاقًا، إذ الدين دليل على صدقه.

وإن لم يكن قاطعًا بأن يكون المقر له عاقًا، فالإقرار بهذا لا يجوز؛ كالزوجة إذا أقر لها وهى عادتها ببعضه وببعضها، وقيل: تبطل بخلاف الزوجة [. . .][١] إذا كان بعض من لا يقر له [. . .][٢]، وبعضهم [. . .][٣] على قولين نظرًا لأحد القسمين فيمتنع أو إلى الآخر فيجوز لعدم الثلاثة، فإن أقر بمن لا يعرف فهو [. . .][٤] بولد: جاز من رأس المال، أوصى أن يتصدق به عنه أو يوقف له.

واختلف إذا كان يورث كلالة، فقيل: إن وافق أن يوقف حتى يأتى لذلك طالب، جاز من رأس المال، أو يتصدق به لم يقبل من رأس المال، ولا من الغلة.

وقيل: يجوز من الثلث كالوصية.

وقيل: ليس من رأس المال ويبطل القسم مطلقًا.

وقال مالك: إن أقرت المرأة عند الموت أنها قبضت صداقها من زوجها، إن كان له أولاد، وقد يكون بينها وبينه شنآن، فيجوز لعدم التهمة، ولو لم يكن لها ولد ومثلها يتهم يبطل.

الخامس:

قال: قال ابن القاسم: إذا أردت تحليفه فقال: أخرنى إلى سنة، وأنا أُقر لك، يحرم؛ لأنه سلف جر منفعة، فإن وقع لا يلزم الإقرار، وتبقى الخصومة كما كانت؛ لأنه إنما رضى بالإقرار؛ لتأخير وقتها.

السادس:

قال: قال ابن القاسم: إذا فلس المقارض بديون عليه فأقر فى بعض ما فى يديه أنه مال القراض، لا يصدق عليه.

وقيل: يقبل؛ لأنه أمر لا يعلم إلا من قبله.

وقيل: الفرق بين أن يكون على أصل القراض سنة أم لا، قاله ابن القاسم أيضًا.

وقيل [. . .][٥] وإن لم يكن على أصل القراض بقية.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

لا ما إذا كان فلا اختلاف أنه جائز، ويتأول النص المتقدم، فإن معناه أنه أقر على ما فى يديه من غير متجر القارض، أنه من القراض لئلا يباع عليه كمسلط يتجر فى الحنطة، فيقول: هذا من القراض، فلا يصدق.

السابع:

قال: قال ابن القاسم: لكما مال [...][1] بوكالة فى قبضته، فقال الوكيل: قبضت حقك دون حق صاحبك والغريم [...][2] أنه كان بينكما، فهو بينكما؛ لأن الدين شائع، فالمقبوض شائع، ولا خلاف فيه، إذا اشتركا فى الدين [...][3] لم يمض لهما ميراث أو جناية؛ لأن سحنون يفرق بين الوجهين فيشركهما فى الطوع فقط.

وفى المدونة: إذا أسلف الرجل [...][4] له أجنبيًا من نصيبه، جاز، فإن [...][5] شريك.

فقيل: خلاف.

وقيل: لا؛ لأنه إنما لم يأخذ من شريكه نصيبه - مما أخذ بسبب الإقالة لئلا يكون كل واحد منهما قد أقاله من بعض حقه فيصير بيعًا وسلفًا، وبيع طعام قبل أن يستوفى، وإذا لم يكن حقهما فى هذه المسألة مجتمعًا، صدق الوكيل، قاله ابن القاسم.

وعنه: أن المقبوض بينكما، وإن اختلفا، فقال الغريم: قبضت حق فلان، وقال الوكيل: بل حق الآخر، وكذلك على هذه الرواية لو اتفقا على أنه إنما اقتضى حق أحدهما؛ لأن الوكيل لا يصدق إذا كان الغريم عديمًا؛ لأنه يتهم على محاباته لأحدهما.

قال: والأظهر: أن القول قوله، ولا يتهم.

الثامن: فى الكتاب: ما فهم عن الأخرس من سائر الحقوق، لزمه، وقاله (ش).

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

وعند (ح) كذلك فى المال والقصاص دون الحدود، لاختصاصها عنده بالإقرار [بالإفصاح][(١)] وهو متعذر منه، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، ولعل فى نفسه شبهة تعذر عليه إظهارها بالإشارة فقال: ولا يقام عليه الحد بالبينة أيضًا - لتعذر إبداء الشبهة.

لنا: أن مقصود [الشرع][(٢)] الاطلاع على ما فى النفس بأى شىء دل على ما فى النفس قام مقام [البيان أو الإفصاح][(٣)].

التاسع:

قال (ش)، وابن حنبل: المكره لا يجوز إقراره، وهو مذهبنا؛ لقول رسول الله ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»[(٤)].

العاشر:

فى إقرار الأمين على من أمن عليه:

وفى الجواهر: الوكيل بالخصومة لا يقر على موكله، فلو قال له: أقر عنى، فهو بهذا القول كالمقر.

وفى الكتاب: للوصى أن يسلف لليتيم ويأخذ من ماله؛ لأنه من وجوه المصلحة التى تعرض [. . .][(٥)] على ذمة اليتيم؛ لأنه إنما ولى على المال [. . .][(٦)] وأن المال له [. . .][(٧)] له مال أخذت [. . .][(٨)] له ذلك؛ لأنه إلزام للذمة.

وعند (ح): إذا أقر الوكيل ببيع الموكل عليه، صدق؛ لأنه يملك إنشاءه بغير بينة، بخلاف النكاح لا يملك إنشاءه إلا ببينة، فبينة الإنشاء تغنى عن الإقرار، وهذا لا ينبغى أن يختلف فيه؛ لأن من ملك الإنشاء بغير بينة قبل إقراره.

الركن الثانى: المقر له:

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) تقدم.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.
(٨) بياض فى ط.

وفي الجواهر: له شرطان:

الشرط الأول: أن يكون أهلا للاستحقاق، فلو قال: لهذا الحجر بطل قوله، وكذلك: بهذا [. . .][1] لأن عند القبول يكذب الإقرار، وقاله الأئمة.

ولو أقر لعبد، صح؛ لأنه يملك.

وعند (ش): لا يملك، وعنده أن إقراره بنكاح، أو قصاص، أو تغريم، يصح؛ لأنه يملكها، أو ملكه سيده ذلك المال صح، وكان للعبد على أحد قوليهم: إنه يملك، وعلى القول الآخر: يكون المال لسيده يثبت بتصديقه، ويبطل برده؛ قياسًا على اكتساب العبد عنه.

ولو أقر لصبي لا يعقل، أو لمجنون بشيء، لزمه؛ لقبوله للملك، وقاله الأئمة.

ولو قال: اشتريت منه هذا العبد أو استأجرته، أو وهبه لي، كان إقراره بالعبد وما نسبه إليه من الفعل باطلا؛ لعدم قبوله لذلك الفعل.

ولحمل فلانة على ألف من هبة، أو صدقة قُبِل إن وضعت لستة أشهر من يوم الإقرار، لتبين حصول مقارنة لوجود الجنين أو تقدمه على الإقرار، أو لأكثر من ستة أشهر، وزوجها مرسل عليها - لم يلزمه ما ذكر من هبة، أو وصية، أو صدقة؛ لعدم تيقن المقارنة.

ومتى شككنا في الشرط الذي هو السيد القابل للملك، لم يثبت الملك، فإن كان معزولا عنها:

فقيل: بجواز الإقرار إذا وضعت لأربع سنين فدونها؛ لأن القرائن تقتضي أن الحمل لم يحدد.

تنبيه:

قول الفقهاء في وضع الجنين لستة أشهر ولد إذا كان، [وأما الجنين؛ لأنه][2] لم يتم أقل من ستة أشهر، وقد تقدم، لو كان ذلك لكان ابن ثمان لا يعيش وابن السبعة يعيش، وتفصيل ذلك وتعليله [وفي لحوق الولد بالفدا، وأما][3] متى وضع ناقصًا فإنه يلحق إذا كانت المدة نسبتها إلى ذلك النقص كنسبة الستة الأشهر إلى التام.

---

(١) بياض في ط.
(٢) كذا في ط.
(٣) كذا في ط.

وقول صاحب الجواهر ههنا: إذا كان معزولا عنها، ينبغى أن يحمل على أنها وضعته لما ذكر من المدة، ويكون أولها آخر يوم كان مرسلا عليها، ويكون ذلك الإقرار قد وقع فى ذلك، أو بعده لتيقن المقارنة أو يقدم الحمل، وأما قبل ذلك فالشك حاصل.

قال: فإن وضعت توأمين كان المقر بينهما قسمين[١]؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر، ولو كان أحدهما ميتًا، كان الحى [معهما منها][٢]؛ لعدم تيقن المقارنة فى حق الميت، ولو ولدت ولدًا ميتًا بطل الإقرار.

قاعدة: كل مشكوك فيه ملغى إجماعًا، فمتى شككنا فى السبب لا نرتب الحكم؛ كما إذا شككنا فى الزوال لا نوجب الظهر.

أو فى الشرط لا نرتب المشروط؛ كما إذا شككنا فى الطهارة لا نقضى بصحة الصلاة.

أو شككنا فى المانع انتفى الحكم، بل ثبت إن وجد سببه؛ كما إذا شككنا فى الردة أثبتنا الميراث.

وهذه القاعدة مجمع عليها، وإنما اختلف العلماء إذا تعينت المخالفة لهذه[٣] القاعدة بالسبب أو التفريط فإن فى الوجهين اختلافا.

وقد تقدم بسط ذلك فى الطهارة: إذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث[٤]، فكذلك ههنا إذا شككنا فى الشك، وهو الفعل القابل للملك، لا يثبت الملك لهذه القاعدة، ووافقنا الأئمة فى الإقرار للجنين إذا ذكر شيئًا يمكن أن يملك به الجنين كما تقدم.

بخلاف لو قال: بعته منه أو وهبنى؛ لتعذر ذلك من الجنين. وخرج الشافعية الخلاف فيما إذا وصل إقراره بما يفسده، وصرح الحنفية بإبطاله [. . .][٥] الأئمة فى اشتراط [. . .][٦] يتأتى فيها مقارنة المحل للإقرار.

---

(١) فى ط: تسعين.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: هذه.
(٤) فى ط: الحديث.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.

تنبيه:

الإنشاءات فى الأملاك يشترط فيها مقارنة المشروط، والإقرار يتم سببًا بل هو دليل تقدم سبب الاستحقاق، وكذلك [. . .][1] الغالب منها ثمنًا؛ لأن التصرف محمول على الغالب.

ولو أقر بدينار وفى البلد نقد غالب، لعمل الغالب؛ لأن الإقرار دليل سبب الاستحقاق، ولعل السبب وقع فى بلد آخر، وزمان متقدم على طريان هذا الغائب فلتعين هذا الغالب فيقبل تفسيره للدينار وإن كان على خلاف الغالب المشترك.

ومقتضى هذه القاعدة: أن يشترط المقارنة إذا أوصى للجنين أو ملكه، ويشترط للتقدم فيها إذًا إقرار فإن السبب مقدم على الإقرار قطعًا.

قال صاحب الجواهر: فلو أطلق ولم يذكر الجهة، لزم أيضًا، فإذا قيل له: بماذا؟ قال: أقر [. . .][2] فهذا متعذر ويعد ندما.

ولو قال: أنا وصى ابنه عليه وترك مائة وألفًا [. . .][3] كلمة المائة دينًا عليه؛ لأن الضمير مؤنث، يعود على المائة لا على الألف، وإن وصفت ذكرًا وأنثى، فالمال بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كانت [. . .][4] المال زوجة، فلها الثمن من ذلك؛ لأنه أقر أنه تركه له الجد فيقسم على الفرائض، وإن ولدت ميتًا، فالمال لعصبة الميت؛ لتعذر ميراث الجنين إذا لم يستهل بالوضع فينتقل لوارث الأب، وقاله (ح).

وكذلك إذا كان المقر به وصية رجع لورثة الموصى.

وقال أيضًا: إن جاءت بولدين ذكر وأنثى، ففى الوصية: المال بينهما نصفان، وفى الميراث: للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن قول المقر فى بيان السبب مقبول، ولا ينبغى أن يخالفه فى هذا التفصيل؛ لأنه لو أوصى لرجل وامرأة، أو أقر لهما، استويا، فكذلك الجنين.

الشرط الثانى: ألا يلزمها المقر:

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.

فى الجواهر: إن كذبه لم يسلم إليه؛ لأن تكذيبه اعتراف بسقوط حقه، ويترك فى يد المقر، فإن رجع المقر فله ذلك؛ لأن الذكر قد يطرأ بعد النسيان، ولا رجوع للمقر له بعد ذلك إلا أن يعيد المقر إلى الإقرار، فيكون للمقر له حينئذ التصديق والأخذ.

ووافقنا الأئمة فى أن تكذيب المقر له للمقر أنه يبطل الإقرار، وأنه يبقى للمقر لبطلان الإقرار.

الركن الثالث: المقر به:

وفى الجواهر: لا يشترط أن يكون معلومًا بل يصح فى المجهول، ووافقنا الأئمة فى صحة الإقرار بالمجهول، والرجوع فى تفسيره إلى المقر.

والفرق بينه وبين الدعوى بالمجهول لا تصح: أن المدعى له داعية تدعوه إلى تحرير دعواه، بخلاف المقر، فلو لم يقبل منه ضاع الحق، فإن امتنع من التفسير – عند مالك لا عند (ش) – يقال للمقر له: بَيِّن، فإن بين، وصدقه المقر: ثبت، أو كذبه قلنا له: بين، وإلا حلفنا المقر له وأخذ.

وعند ابن حنبل: يحبس حتى يبين، ومتى فسر بما لا يتمول كقشر الجوز الحقير أو الجير، لم يقبل، وعند الأئمة أو إنما يقول قبل[1].

وقال (ش)، وابن حنبل: إذا قال: قبضت منه شيئًا، أى فسر له بغير المتمول، قبل؛ لأن الغصب يقع عليه.

وقال (ح): لا تفسير له بغير المكيل والموزون؛ لأن غيرهما لا يثبت فى الذمم.

وفى الجواهر: يشترط أن يكون المقر به فى يد المقر حالة الإقرار أو قبله؛ لأن شأن الإقرار لا يقبل إلا على المقر، وما ليس فى يديه ليس الإقرار به عليه.

ولو أقر بعبد زيد أنه لعمرو، لم يقبل على زيد، لكن إن كان خرج من يد المقر قيل له: خلصه للمقر له، فإن تعذر عليه ذلك، دفع له قيمته؛ لأنه أتلفه عليه إخراجه من يده، وقد اعترف أنه لغيره، فإن كان لم يدخله تحت يده، لم يلزمه شىء، ولو أقر زيد بعبد فى يد غيره، ثم أقدم على شرائه بعد ذلك، صح

---

(١) كذا فى ط.

الشرط [. . .][١] لأجل قول صاحب السيد: ثم يعتق فى [. . .][٢] له بإقراره.

فقال عبدالملك: لا يعتقه عليه؛ لسكوت إقراره لمولاه، قال: المذهب: إن تمادى على إقراره به [. . .][٣] جيء الإقرار المعتبر وإلا فلا.

وقال المغيرة: يعتق إن كان يشهد بحريته، وردد شهادته لانفراده [. . .][٤] لجرحه لبطلان الشهادة فى نفسه، وحيث قلنا: يعتق على أحد هذه الأقوال فلا يكون ولاؤه له، بل [. . .][٥] أعتقه من أخذ له بإقراره.

الركن الرابع: البينة:

وفى الجواهر: إذا قال: لفلان علىّ أو عندى له، أو أخذت منه، أو أعطانى، فهو إقرار؛ لأنه المفهوم لغة وعرفًا من هذه الألفاظ.

ولو قال: لى عليك ألف، فقال له: خذ، أو حتى يأتى وكيلى يزن لك، لم يكن إقرارًا إن حلف.

وقال الأئمة: لأنه يحتمل: خذ الجواب منى، أو اتزنه. قال ابن عبد الحكم: كذلك إذا قال: اجلس فانتقدها أو اتزنها؛ لأنه لم ينسب ذلك إلى أنه هو الذى يدفع إليه.

وقال الأئمة: هو إقرار؛ لأن الضمير [لما ذكره][٦] تعين عوده على المتقدم الدعوى به، بخلاف إذا لم يأت بالضمير، وقال: اتزن لغيرها.

ولو قال[٧]: اتزنها منى أو ساهلنى فيها لزمته؛ لأنه نسب ذلك إلى نفسه.

وفى كتاب ابن سحنون: وإذا قال: اقض العشرة التى عليك فقال: اتزنها، أو انتقدها[٨]، أو اقعد فاقبضها: هو إقرار، وكذلك: اتزن أو انتقده.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.
(٦) فى ط: لم أذكره.
(٧) فى ط: وقال.
(٨) فى ط: تنقدها.

ولو قال: اتزن أو اتزنها ما أبعد [من ذلك أو من أو قرب تأخذها،][١] ما أبعدك من ذلك، فليس بإقرار.

ولو قال: لى عليك عشرة، فقال: بلى، أو: أجل، أو: نعم، أو: صدقته[٢]، أو: أنا مقر بها، أو: لست منكرًا لها، فهو إقرار، ولأن هذه الكلمات وضعت للتصديق، ولو قال: ليست ميسرة، أو: أرسل رسولك يقبضها، أو: أنظرنى بها، فهو إقرار بذلك له، ذلك عادة على التصديق.

ولو قال: أليس لى عليك؟ فقال: حق، لزمه، وكذلك لو قال: اشترى منى هذا العبد فقال: نعم، فهو إقرار بالعبد، وقاله (ش). وهذه الصيغ منها صريح، نحو: علىّ، فإنها للإيجاب واللزوم؛ كقوله – تعالى –: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧] وأنا مقر، ونحو: نعم، وبلى؛ لأنها أجوبة لما يستقبل فيتعين ذكر السؤال[٣] معها.

تقديره: نعم نقر لك علىّ.

وعندى: يحتمل الأمانات والضمانات من غير رجحان، لكن لما كان التسليم واجبًا فى الجميع، ألزمناه التسليم.

والكناية نحو: لا أذكر، يحتمل: ولا أقر؛ لأن الساكت كذلك، ونحو: اتزن واتزنها، ونحو ذلك، ففيها احتمالات، إلا أن الرجحان فى احتمال وجوب التسليم، ووافقنا الأئمة فى: نعم، ونحوه.

وعند (ش): كان ذلك، أو: بررت، أو: هو كما أخبرت، أو: قد ثبت من ذلك، أو: لا أعود إلى مثلها، أو: ليتنى ما فعلت، أو هى التوبة – إقرار.

وعنده: لو قال: اقترضت فى مائة، فقال: ما اقترضت من أحد سواك، أو ما اقترضت من أحد قبلك، ليس بإقرار؛ لأنه معناه: إذا لم أفعل ذلك مع غيرك، فكيف أفعله معك.

وعنده: أصل عندى، أو عسى، أو أحسب، أو أظن، أو أقدر، ليس بإقرار؛ لعدم الجزم، وله علىّ فى علمى، عنده إقرار؛ للجزم، ووجدت فى حسابى، أو فى

(١) كذا فى ط.
(٢) فى ط: صدقة.
(٣) فى ط: السواك.

كتاب لك كذا، ليس بإقرار عنده؛ لأنه لم يجزم بصحة ما وجده، وقاله (ح).

وإذا قال: أتقضى المائة التى لى عليك؟ فقال: أفعل وابعث رسولك، أو: إذا جاءت الغلة، أو: أنا فى ذلك، أو: ارفق على أو: كم تقضى، أو: كم تمن على بالإنظار. وله على ألف إن شاء الله، ليس بإقرار؛ للجهل بالمسألة.

وكذلك عنده: إن شاء المطالب لى، أو زيد، أو شئت أنا لأن الإقرار إخبار عن المحقق، والمحقق لا يعلق على الشروط، فليس بإقرار، وإن بعدت المشيئة عقيب قوله.

وكذلك عنده: إن جاء رأس الشهر، فله علىّ دينار، أو له علىّ دينار إن جاء رأس الشهر، وأكثر أصحابه فى الثانى إذا أخر الشرط: أنه إقرار؛ لأن قوله: له علىّ، إقرار، ويحمل مجىء الشهر على الحلول، بخلاف تقديم الشرط، فإنه تعليق للإقرار، وعلىّ ألف إن شهد شاهدان، فعنده ليس بإقرار، تقدم الشرط أو تأخر؛ لأن الواقع لا يقبل التعليق، وكذلك عنده إن شهد فلان صدقته؛ لأنه وعد، وقد يصدق من ليس بصادق.

وإن قال: أشهد علىّ بما فى الورقة، فهو عنده إقرار بها؛ لأنه العرف، وإن كان اللفظ إنما تناول الكتابة دون المكتوب؛ لأنه ليس فى الورقة.

وكذلك إن قال: أخبروا فلانًا أن له علىّ ألفًا؛ لأنه توكيل فى الإقرار، وكان له علىّ ألف، فيه وجهان عندهم؛ نظرًا إلى أن الأصل: البقاء، أو كان يدل على العدم فى الحال، وبكونه إقرارًا، قاله ابن حنبل وهو أحد قولى (ش).

وإقرار العجمى بالعجمية، يصح؛ كالشهادة بالعجمية، وإن أقر عجمى بالعربية، أو بالعكس، وعلم منه معرفته لذلك اللسان لزم، والقول قوله، ويقام عليه الحد فى الزنى، خلافًا لـ (ح) فى الزنى والقتل، محتجًا بأن الإشارة إلى الزنى أو القتل قد يكون مع الشبهة، ولا يتميز فى القتل العمد من الخطأ، وهو ينتقض بذلك بالطلاق، وبأنه إذا كان يكتب ويميز لا يقام عليه الحد مع انتفاء المانع، وهذا جميعه هو نقل مذهب (ش)، ووافقه (ح)، وابن حنبل فى أكثر ذلك.

وعند الحنفية: قِبَلى ألف درهم لزيد، إقرار بالدين، لا بالعين؛ لأنه الغالب إلا أن يبين موصولا أنه وديعة؛ لأن حكم الكلام يتقرر بالسكوت؛ كما فى التعليق والاستثناء.

وعند (ش): يقبل المنفصل؛ لصلاحية اللفظ للدين والوديعة، والوديعة وكل لفظ صالح لأمرين على السواء يجوز تأخير التفسير، وإنما يشترط الاتصال فى المختص، نحو: علىّ، بخلاف: قِبَلِى.

وعند الحنفية: عندى، ومعى، وفى يدى، إقرار بالوديعة وفى ما بجوفى دراهم، هذا إقرار بالوديعة إن كان متميزًا، وإلا فإقرار بالشركة؛ لأنه جعل ماله طرفًا لذمته، وله من مالى ألف درهم، هو هبة لا تملك إلا بالتسليم؛ لأن «من» للتبعيض والتمييز(١) بخلاف: فى مالى فإنه للشركة لأجل الشياع، وعدم ما يدل على التمييز، وله من مالى ألف، لا حق لى فيها، إقرار بالدين؛ لأن الهبة بقى للواهب فيها حق على أصولهم: أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، خلافًا لنا.

وأصالحك من حقك، إقرار، بخلاف، من دعواك؛ لأن الدعوى قد تكون باطلة، واخرج من هذه الدار بألف، وابرأ منها بألف، أو سلمها بألف، إقرار بالملك عندهم؛ لأن هذه الألفاظ إذا قرنت بالبدل دلت - عادة - على اعتقاد الملك، وإن عرت عن البدل لا يكون إقرارًا؛ لأنه قد يطلب تسليم مال نفسه، ولو اصطلحا على أن يسلم أحدهما دارًا والآخر عبدًا، ليس بإقرار؛ لأن لفظ الصلح يستعمل لفض الخصومة، لا لطلب التمليك، وكتب لفلان علىّ حكمًا بألف، إقرار؛ لأنه لا يكتب فى العادة إلا ما وجب.

وأصل الصك: الضرب، ومنه قوله - تعالى -: ﴿فَصَكَّتْ وَجْهَهَا﴾ [الذاريات: ٢٩] والورق يضرب بالكتب.

وعندهم: ما لفلان على شيء فلا تخبره به بأن له علىّ ألفًا، ليس بإقرار، بخلاف أن يقال ابتداء، لا تخبره بأن له على ألفًا، هو إقرار؛ لأن النهى عن الشيء عندهم يقتضى أن يكون المنهى عنه حتى يستقيم المنع، والخبر المتقدم للنهى يمنع من التكون لضرورة تصديقه فى الخبر عن النفى.

وعندهم: لو قال المدعى: لى عليك ألف درهم، فقال الآخر: ولى عليك ألف درهم، ليس بإقرار؛ لأن العطف على الكلام لا يقتضى صحته، نحو: أنت تقول الباطل، وأنا أقول الحق.

---

(١) فى ط: التميز.

ولو قال: لى عليك مثلها، هو إقرار؛ لأن المثلية تقتضى التساوى.

وعندهم: كل ما يوجد بخط فلان، فقد التزمته، ليس بإقرار؛ لأنه وعد بالالتزام، ولى عليك ألف، فيقول: ما أبعدك من هذا، ليس بإقرار، بخلاف ما أبعدك من الثريا، هو إقرار؛ لأنه أضاف البعد إلى الثريا دون الألف.

ومعناه: ما أبعد هذا الدين من الثريا، وهو معترف به، ولى عليك ألف، فقال: أما خمسمائة فلا - إقرار عندهم بخمسمائة؛ لأن نفى بعض المدعى به يدل على ثبوت الباقى، واعطنى الألف التى عليك، فيقول: اصبر وسوف تأخذها، ليس بإقرار عندهم؛ لأنه قد يقول ذلك استهزاء.

ولو قال: هذا القميص من خياطة فلان، أو هذه الدار من بنائه، ليس بإقرار، وكذلك جميع الأعمال، بخلاف: هذا الطعام من زرع فلان؛ لأن العادة ههنا قصد الملك دون [. . .][1] فكذلك: هذا التمر من نخل فلان، أو من أرضه، أو بستانه، أو هذا الجبن من غنمه، وكذلك: هذا الحيوان عندهم بخلاف هذا الولد من جاريته؛ لأن هذا نسب على غيره وهى الأم.

ولو قلت: لى عليك ألف درهم، فقال: مع مائة، فعندهم قولان، لا يكون إقرارًا؛ لأنه أضاف المائة إلى ما لم يجب، فلا يجب.

وقيل: إقرار بالمدعى، وزيادة المائة.

ولو قال: جميع ما أملكه بعته من فلان، فالبيع فاسد عندهم.

ولو قال: لفلان ثلث دراهم هذه، كانت هبة، وثلث هذه الدراهم: إقرار.

والفرق: أن قوله: دراهم، يقتضى ملكه لجميعها.

ولو قلت: لى عليك ألف، فقال: الحقُّ أو حقًّا، فهو إقرار؛ لأن هذا اللفظ يستعمل للتصديق رفعت أو نصبت، فكذلك: الحقَّ الحقَّ، أو الحقُّ الحقّ.

تقديره: قلت: الحق الحق. أو: ما يقوله الحق الحق، والتكرار للتأكيد.

ولو قال: الحق حق، ليس بإقرار عندهم؛ لأن هذا كلام مستقل لا يتعلق بالأول، بل هو مبتدأ وخبر، كما لو قال: فلانة طالق ثلاثًا، وفلانة طالق، لم تطلق الثانية الأولى هذه، لاستقلال الكلام بنفسه.

---

(١) بياض فى ط.

والفرق بينه وبين: الحق الحق مع الابتداء والخبر فيه: أن كون الثانى ذكره ترجيح الابتداء والخبر، والتساوى فى التعريف يرجح النعت؛ لأنه شأن النعت، والتذكير شأن الخبر، وأن الحق الحق لا يستعمل تصديقًا عرفًا بخلاف الآخر.

ولو قال: الصلاح البر، لم يكن إقرارًا؛ لأنه لا يستعمل تصديقًا، بل يحتمل: عليك الصلاح والبر أى: نهيتك عن الكذب علىّ، بخلاف: الحق البر، أو اليقين البر، أو الصدق البر؛ لأن قرينة الحق والصدق تدل على التصديق، فكأنه قال: صدقت وبررت؛ لأن الشيء لا يستعمل مع غيره تبعًا إلا إذا كان فى معناه نحو: جائع قاطع، أو صائر حائر.

ولو قال: الحق الصلاح، أو البر الصلاح، لم يكن إقرارًا عندهم؛ لأن قدر البر والحق بها[1] لا يكون تصديقًا؛ لأن الصلاح لا يستعمل للتصديق عرفًا، فلا يقال: صدقت وصلحت، ومعناه: عليك الحق، والصلاح، فهو رد ونهى.

وإذا كتبت البسملة والدعاء، وقال: لما أفكر فلك على كذا، جازت شهادة علىّ بذلك عندهم؛ لأن الكتابة تقوم مقام اللفظ؛ لأنه - ﷺ - وجب عليه التبليغ، وبلغ البعض بالكتابة.

وفى العرف يعجز عن مخاطبة الغائبين، فيكتب إليهم.

ويشترط عندهم فى ذلك الكتابة على بياض دون الحدقة واللوح، ويشترط أن يكتب مرسومًا على الورق مستبِنًا؛ لأنه العادة، وإلا احتمل أن يكون تجربة لقلم، ولو كتب على الشروط المذكورة وخرقه، جازت الشهادة عليه عندهم؛ لأن التقطيع كالرجوع عن الإقرار، ولا يشهد واجد الصك إلا أن يشهدهم؛ لأن الصكوك قد تكتب قبل القبض بخلاف الرسالة عندهم، ومنعوا من الشهادة عليه وإن سمعوه [الشهود بين بالبيع][2] والشراء فى أداء الصك قالوا: لأنه قد يقول ذلك فى الصكوك فيك قبل تمام المعاملة حتى يقول: اشهدوا على.

ولو قال: اشهدوا على [بما فيه][3]، لم يجز حتى تقرأ عليهم أو يعاينوا الخط؛ لأن الإشهاد هو الإعلام، ولم يعلمهم، وقد نُقل مذهب لـ (ش) فى الخط.

---

(١) فى ط: بما.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: ما فيه.

ولا يعتبر عند الحنفية كتابة البسملة؛ لأنه لا يقوم مقام الخطاب بل للتذكرة، فبقيت العبرة بالكتابة، وهى تحتمل تجربة القلم وغيرها مما لا يجزمه، ففرقوا بين الرسالة والحساب والصك، فهذا جميعه منقول من كتب الحنفية.

وعند الحنابلة ألفاظ اختصوا بنقلها، أنا ذاكرها إن شاء الله تعالى .

قالوا: إذا قلت: لى مائة، فقال: قضيتك منها خمسين: ليس بإقرار؛ لأن الخمسين التى ذكر فى كلامه ما يمنعها، وهو قوله: قضيتها، وغير المذكورة لم يذكرها، وقوله: منها، يحتمل مما يدعيه، أو مما علىَّ، فلا يلزمه شىء بالشك، وإذا أقر بدراهم فى بلد أوزانهم ناقصة، أو مغشوشة: لزمه دراهم البلد؛ كالبيع والأثمان.

وقيل: إن الموزونة الجيدة.

والفرق: أن البيع إنشاء فى [أمر لاحق][1] فيغلب بعادة البلد، والإقرار إخبار عن أمر سابق لا يدرى كيف كان، وكذلك القول إذا فسر بغير سكة البلد، وسكة البلد أجود، وبالقبول قال (ش).

وله على درهم كبير، لزمه درهم إسلامى؛ لأنه كبير فى العرف، ودريهم كدرهم؛ لأن التصغير قد يكون فى الذات دون الوزن، والاحتقار عنده.

وإن قال: له على درهم، ثم قال: (درهم)، لزمه درهم، عندهم، وقاله (ش) ؛ لأن الله - تعالى - كرر الخبر عن الأنبياء عليهم السلام، والمخبر عنه واحد.

وقال (ح): يلزمه درهمان؛ لأن الأصل: عدم التأكيد والترادف.

وقال القاضى فى الإشراف: يغرمه درهمًا واحدًا، كان فى مجلس أو مجالس، فى يوم أو أيام.

وحكى (ح): الأصل فى المجلس الواحد، وفى المجالس يلزمه درهمان.

قالوا: فإن وصف أحدهما، وأطلق الآخر فكذلك؛ لأن المطلق يحمل على المقيد، فإن وصفه أولا بصفة، وثانية بأخرى، فإن قال: من ثمن مبيع، وقال فى الأخرى: من قرض، أو فى الأولى: من ثمن عبد، وفى الثانية: من ثمن [سلعة،

---

(١) بياض فى ط.

(٢) فى ط: شماذرها.

لزماه][1]؛ لتعذر اجتماع الصفتين، وله على درهم ودرهم، أو درهم بدرهم، لزمه درهمان، وقاله (ح).

وقال (ش): يلزمه درهم إذا قال: بدرهم، تقديره: فدرهم لازم لى، ووافقه فى الواو، وثم، ووافقه فى: أنت طلاق، تلزمه طلقتان، وله على درهم بل درهمان، أو درهم لكن درهمان، لزمه درهمان، وقاله (ش) ؛ لأنه نفى الاقتصار على واحد، وقال: هى ثلاثة؛ لأن الإضراب رجوع عن الإقرار فلا يقبل، وله على درهم، بل درهم، أو لا درهم، يلزمه درهم، وقاله (ش) ؛ لأنه أقر بدرهم مرتين، كما لو أقر بدرهم فأنكره ثم قال: بل علىّ درهم.

وقيل: درهمان؛ لأن الإضراب لا يقبل؛ لأنه رجوع.

وإقراره بالثانى يلزم. كما لو قال: درهم بل دينار، فيلزمه الأمران إجماعًا؛ لأن الأول لا يمكن أن يكون الثانى ولا بعضه، وله على درهمان بل درهم، أو عشرة بل تسعة، لزمه الأكثر عندهم؛ لأنه بقى ما أقر به، بخلاف الاستثناء؛ لأنه تكلم بالباقى عنده، فليس نفيًا، وله على درهم، فله درهم، أو بعده درهم، لزمه درهمان.

وإن قال: قبله درهم، وبعده درهم، لزمه ثلاثة، وله على درهم فوق درهم، أو تحت درهم، أو مع درهم، أو معه درهم - لزمه درهم واحد، وهو أحد قولى (ش)؛ لأنه يحتمل: درهم فى الجودة، أو فوق درهم لى.

وقيل: درهمان، وقاله (ح) فى: قبله فوقه درهم؛ لأن فوق تقتضى الزيادة وفى: قبله تحته[2]: يلزمه درهم، وكذلك: له درهم قبله دينار، أو بعده قفيز حنطة، وفوقه أو تحته كما تقدم فى الدرهم سواء.

وله على ما بين (ستة) وعشرة، لزمه ثمانية، ومن درهم إلى عشرة فعندهم أقوال: يلزمه تسعة، وقاله (ح) ؛ لأن «من» لابتداء الغاية منها، وإلى انتهائها فلا يدخل فيها؛ كقوله - تعالى -: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

وثمانية؛ لأن الحدين لا يدخلان، وعشرة؛ لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل الأول؛ كما لو قال: قرأت القرآن من أوله إلى آخره، فإن قال: أردت أن نقول مجموع الأعداد أى الواحد والاثنان.

---

(١) فى ط: تحت.

كذلك عندى عشرة، لزمه خمسة وخمسون، وله على دراهم، يلزمه ثلاثة، وحكاه صاحب الإشراف عن مالك على الخلاف فى أقل الجمع. ووافق (ش) مالكًا.

قالوا: ودراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة، لزمه ثلاثة، وقاله (ش) ؛ لأنها عظيمة.

و (ح) لا يقبل تفسيره بدون العشرة؛ لأنها أقل جمع الكثرة.

وقال أبو يوسف: لا يقبل أقل من المائتين؛ لأنها نصف الزكاة، وله درهمان فى عشرة، وقال: أردت الحساب، لزمه عشرون، أو قال: أردت مع عشرة، ولم يكن يعرف الحساب، اثنا عشر؛ لأنها عبارة العوام، أو قال: أردت درهمين فى عشرة لى، لزمه درهمان فى دينار، وقال: أردت العطف وكفى، لزمه إلا [إذا قال][1] أسلمتها فى دينار، وصدقه المقر له، بطل إقراره؛ لأن إسلام أحد [. . .][2] الآخر: لا يصح، وإن كذبه لم يقبل منه؛ لأنه وصل إقراره بما يبطله، وله على درهم أو دينار، فهو مقر بما بعدهما؛ لأن «أو»، و«إما» فى الخبر للشك، ويرجع إلى تفسيره، وإن قال: إما درهم، وإما درهما، فهو إقرار بدرهم، والثانى مشكوك فيه لا يلزمه، وله تسعة وتسعون درهمًا، أو ألف وثلاثة دراهم، فالجميع دراهم، أو ألف ومائة درهم، فكذلك قوله - تعالى -: ﴿إِنَّ هَٰذَآ أَخِي لَهُۥ تِسۡعٞ وَتِسۡعُونَ نَعۡجَةٗ﴾ [ص: ٢٣]، وكذلك ألف ودرهم، أو ألف وثوب، أو ألف درهم وعشرة، أو ألف ثوب وعشرون، والمجمل عن جنس المفسر.

وقيل: يرجع فى تفسير المجمل إليه؛ لقوله - تعالى -: ﴿يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فالشىء قد يعطف على غير جنسه.

وقال (ح): إن العطف على المبهم مكيلا أو موزونًا، هو تفسير له، أو مذروعًا ومعدودًا لم يفسره؛ لأن «علىّ» لفظ يقتضى الإيجاب فى الذمة، وإذا عطف عليه ما يثبته فى الذمة كان تفسيرًا.

حجته الأولى: أن العرب تكتفى بتفسير أحد الكمالين عن تفسير الآخر، كقوله - تعالى -: ﴿وَلَبِثُواْ فِي كَهۡفِهِمۡ ثَلَٰثَ مِاْئَةٖ سِنِينَ وَٱزۡدَادُواْ تِسۡعٗا﴾ [الكهف: ٢٥]،

---

(١) بياض فى ط.

(٢) بياض فى ط.

و﴿عَنِ ٱلْيَمِينِ وَعَنِ ٱلشِّمَالِ قَعِيدٌ﴾ [ق: ١٧].

وهذا جميعه منقول من كتب الحنابلة، وإنما نقلت ما فى كتب الفرق من الألفاظ؛ لأن فى ذلك عونًا للفقيه على التخريج وأخذه منها ما يوافق قواعد مذهبه فيقيمه على مذهبه، واطلاعًا على أسرار مدارك العلماء.

فرع: فى الجواهر: له علىّ درهم، أو درهم بدرهم، لزمه درهم، وللطالب تحليفه: أنه ما أراد درهمين؛ لأن لفظه دائر بين التأكيد، والإنشاء، وقوله: بدرهم، يحتمل بسبب فرض درهم، فلا يلزمه شىء بالشك، وله درهم ودرهم، أو ثم درهم، يلزمه درهمان؛ لأن العطف يقتضى التغاير، ودرهم مع درهم، أو تحت درهم، أو فوق درهم، لزمه درهمان؛ لأن المعية والفوقية والتحتية تقتضى التعدد، وكذلك: درهم على درهم.

وقيل: درهم واحد؛ لأن «علىّ»، يحتمل: علىّ درهم أخذه، ودرهم قبل درهم، أو بعد درهم، لزمه درهمان، لما تقدم فى فوق وتحت.

ودرهم بل درهمان، يلزمه درهمان؛ لأن «بل» للإضراب، فقد أضرب عن الاقتصار على الواحد.

ودرهم لا بل ديناران، قال سحنون: يلزمه ديناران و [لا يلزمه](١) الدرهم؛ لأن «بل» للإضراب، وقد تقدم كلام العلماء فى هذه الفروع.

فرع: قال الطرطوشى: إذا قال: له علىّ ألف ودرهم، كالمسألة(٢) المتقدمة لزمه درهم، ويرجع فى تفسير الألف إليه، ألف جوزة أو حنطة، أو غير ذلك، يقبل مع يمينه، وكذلك ألف مد حنطة، أو قربين، وقاله (ش)، وقد تقدم مذهب (ح) [. . .](٣) هذا بالنظر.

لنا: القياس على قوله: له علىّ ألف وثوب؛ لأنه ذكر ما زيادته على القدر، ولم يكن تفسيرًا، ولم يكن زائد عليه ألف.

وقولنا: كان زائد الآن ما لم يكن تفسيرًا، ولأن شأن التفسير النصب، وهذا غير منصوب فهو إقرار؛ لأن شأن الإقرار الرفع.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) فى ط: المسألة.
(٣) بياض فى ط.

ولأن العطف يقع على غير الجنس نحو: رأيت رجلا وثوبًا فلم [. . .][١] التفسير، فيرجع إليه فيما يقوله.

احتجوا بأن قوله: مائة خمسون درهمًا مفسر، وهو معطوف فكذلك ههنا، ولأن العطف يقتضى التسوية، فيستوى الجنسان فى القياس على قوله: على درهم ونصف.

والجواب عن الأول: قال القاضى أبو الحسن: لا نص فى هذه المسألة فنمنعها، أو نسلم ونقول: مبهم عطف على مبهم، فاستويا فى التفسير، لتجانسهما، والخمسون ليست مفسرة، بل الدرهم مفسر لهما.

والجواب عن الثانى: أن العطف يقتضى التسوية، فحاصل المعنى الذى سبق الكلام [. . .][٢] ههنا دون توابعه، فلذلك قال النحاة: مررت بزيد ضاحكا [. . .][٣] ولا يلزم فيه المرور، نعم وضاحكًا، بل يستويان فى أصل المرور، ثم ينتقض بقوله: علىَّ ألف وثوب.

وعن الثالث: أنه إذا أقر بمفسر، وعطف عليه جزءًا أنه جزء من الجملة، ومسألتنا: ذُكر مبهمًا وعطف عليه مفسرًا، فلم يتقدر أصل بنى عليه.

وفى الجواهر: وقع فى كتاب ابن سحنون: له علىَّ عشرة، ونصف درهم، وثوبان، العشرة تلزمه عشرة دراهم ونصف، كذلك مائة ودينار إذا ادعى ذلك الطالب مع يمينه.

وعلى المذهب: إذا قلنا: يصدق فى التفسير فمات قبل أن يسأل، صدق الوارث مع يمينه.

فرع: قال القاضى صاحب الإشراف: إذا قال: له علىَّ ألف فى كيس، أو تمر فى منديل، أو تبر فى جراب، إقرار بالمظروف دون الظرف، وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح): الجميع مقر به؛ لأن قوله فى جراب إخبار عن المقر به له [. . .][٤] مقر به أيضًا، فلم يتعرض له، فلا يلزمه.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.

احتجوا بالقياس على قوله: عسل فى زِقّ، بأن الزق يلزمه، ولأن قوله: فى كيس، صفة للألف فيكون إقرارًا بالكيس؛ كما لو قال: عبد تركىّ فإن الصفة تلزمه.

والجواب عن الأول: قال القاضى: الفرق: أن العسل لا ينفك عن زقه، فلذلك يلزمه بخلاف الكيس.

عن الثانى: [أنها لزمت][1] بخلاف [. . .][2]

ووافقونا على قوله: له عندى دابة فى اصطبل، أو نخل فى بستان أن الظرف يلزمه.

وفى كتب الشافعية: له عندى جرة فيها زيت، أو غرارة فيها تبن، أو خاتم فيه فص، أنه إقرار بالظرف دون المظروف، لما تقدم.

وله عندى خاتم، يلزمه الخاتم والفص؛ لأنه الجميع، وله ثوب مطرز يلزمه الجميع، ودار مفروشة، تلزمه الدار دون الفراش؛ لأنه يجوز أن تكون مفروشة بفرش الغير، وفرس عليه سرج، لزمه الفرس دون السرج، وعبد عليه ثوب أو عمامة، يلزمه الجميع؛ لأن العبد له يد على الثوب بخلاف الدابة، وثوب بجرابه.

أو [دابة][3] بطعامها، أو سرج بفرسه، يلزمه الجميع؛ لأن «أو» للمصاحبة، وإلا لصادق (كذا)، بخلاف لفظ فى [. . .][4] بينه وبينه درهم مع درهم، فى أنه لا يلزمه إلا درهم؛ لأن [. . .][5] الثانى [. . .][6] مضاف الأول المنسوب إليه، وقُلَّة زيت، وجرة خل، وخامة نخل، ونحو ذلك مما يشترك فيه الظرف والمال، ويطلق على كل واحد منهما، يرجع إليه [. . .][7] عندهم.

وفى الجواهر: له عندى زيت فى جرة، يلزمه الزيت والجرة، وثوب فى صندوق، أو ثوب فى منديل.

قال ابن عبد الحكم: يلزمه الثوب دون الوعاء.

---

(١) فى ط: أن فلزمت.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.

وقال سحنون: بل مع الوعاء، وله عندى خاتم [مع فصه][(١)] وقال: أردت: دون الفص، لم يقبل منه، إلا أن يكون كلامًا نسقًا، وكذلك الجبة مع بطانتها، و[الدار][(٢)] مع بابها، وهذه الأمة، تلزمه وولدها [. . .][(٣)].

فرع: قال صاحب الإشراف: لو شهد عليه رجل أنه أقر بألف، وشهد آخر أنه أقر له بألفين نسبها إلى جهة واحدة أم لا، أو نسبها إلى أحدهما وأطلق الآخر - فإن الألف تثبت له بشهادتهما، ويحلف على الأخرى مع شاهده.

وقال (ح): لا يثبت له بهذه الشهادة شيء.

لنا: أن شهادتهما التقت على قدر من المال لفظًا ومعنى، فيحكم به؛ كما إذا شهد أحدهما أنه أقر بمال والآخر بألفين.

فرع: قال القاضى فى المعونة: له علىّ دراهم كثيرة، تلزمه ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع، وهى كثيرة بالنسبة إلى اثنين، أو عنده؛ لأنه بخيل، وقاله (ش).

وقيل: تسعة؛ لأن كثرتها تضربها فى (نفسها) فتصير تسعة.

وقيل: مائتا درهم؛ لأنه نصاب الزكاة، كلها لأصحابنا.

وفى الجواهر: أربعة.

وعن (ح): عشرة؛ لأنه نصاب السرقة عنده.

وله درهم [. . .][(٤)] ثلاثة؛ لأن قلتها بالنسبة إلى العشرة أو فى هبة المقر، وله درهم لا قليل ولا كثير.

قال ابن عبد الحكم: تلزمه أربعة؛ لأن نفى القلة يقتضى حصول الكثرة فيثبت أقل مراتبها، وهو واحد.

قال القاضى: ويحتمل أن تلزمه الزيادة [. . .][(٥)] على الثلاثة، ويرجع إلى تفسيره على القول بلزوم الزيادة على الثلاثة إذا قال: دراهم كثيرة، يرجع إلى تفسيره.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

قال: وهو أولى؛ لأن القصد خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة، وله على دريهمات، هو كدراهم؛ لأن التصغير قد يكون بالنسبة إلى همته، وقد يكون لغير التحقير، نحو قوله – تعالى –: ﴿يَٰبُنَيَّ ٱرۡكَب مَّعَنَا﴾ [هود: ٤٢]، وكقوله ﷺ: «يَا أَبَا عُمَيْرٍ مَا فَعَلَ النُّغَيْرُ»(١).

فرع: قال: إذا قال: له علىّ بضعة عشر، فهو ثلاثة عشر؛ لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة، فيلزم الأقل؛ لأن الأصل: براءة الذمة.

فرع: قال: إذا قال: لفلان علىّ ألف درهم، ولفلان أو فلان، فنصف الألف للمقر له أولا، والنصف الباقى للمشكوك فيهما؛ لأن الشركة بين اثنين تقتضى النصف، ووقع الشك فيمن يكون شريكًا له، فيكون الباقى بينهما.

فرع: قال: إذا قال: لفلان علىّ ألف، وإلا فعبدى حر، لزمه الألف؛ لأن تقديره: وإن لم يكن له على ألف، فعبدى حر، فعلق العتق على كذبه، فأكد صدقه، فيلزمه الألف.

فرع: قال: إذا قال: له على دينار، ولم يقل: جيد، ولا ردىء، ولا وازن، ولا ناقص، ومات، لزمه جيد وازن بنقد البلد؛ كالبيع والإجارة.

فإن اختلف نقد البلد:

قال ابن عبد الحكم: يلزمه من أى الأصناف شاء، ويحلف إن حلفه المقر له.

وقال الأبهرى: يلزمه الورثة، وسقط النقد عدلا بين الفئتين.

وفى الجواهر: له على درهم، عشرة منه تعادل تسعة مثاقيل، وهى دراهم الإسلام، فإن فسر بالناقص، قبل منه، وإلا فلا، إلا أن يكون التعامل به غالبًا، وكذلك مغشوش وتقبل الفلوس.

تنبيه:

ليس الدرهم والمثقال نصًا فى النقدين، بل هما وزنان معروفان، والموزون قد يكون نقدًا أو طيبًا، أو غيرهما، وكذلك الدينار ليس نصًا فى الوزن المخصوص، بل يصدق على الصغير والكبير لغة، كما أن المثقال يصدق على الذهب وغيره، فاعلم ذلك، وقد تقدم.

---

(١) تقدم.

خالف (ش)، وغيره فى الحمل على السكة المعروفة، وفرقا بأن البيع سبب ينزل على ما قارنه، والإقرار دليل سبب متقدم معه، وقع فى بلد آخر لا يعلم حاله، فيقبل تفسيره، وهو الأنظر.

فرع: قال: إذا أقر على غير وجه الإقرار، بل على وجه الشكر، كذكر إنسان قد مات بأنه كان ينصف ويقرض، فيقول: رحمه الله، لقد سألته: مائتان يقرضنى ففعل، فروايتان: إحداهما: أنه إقرار؛ لأنه الموضوع اللغوى، والأصل: عدم البراءة منه.

والأخرى: ليس بإقرار؛ لعدم قصد الإقرار، والقصد فى الإقرار شرط.

قال: وهذه الرواية أحسن؛ لأنها مقتضى العادة، وأن الأولى أقيس.

فرع: قال: فرق ابن عبد الحكم بين أن يقر أن هذا سرج دابة زيد ولجامها، وبين: هذا باب داره، هذا إقرار دون الأول، فيكون الباب لصاحب الدار؛ لأن الباب جواز الدار، والدار لزيد، فالباب له، والسرج ليس حق الفرس.

وعنه: التسوية فيضعا فى الإقرار؛ لأنه أضاف الجميع إلى ملك زيد فيكون له.

فرع: قال صاحب البيان: إذا قال: ما كان لى على قرابتى حق فهو لهم عند الموت، فهلك وله عند أحدهم قراض:

قال ابن القاسم: القراض له.

قال: وفيه نظر؛ لأن القراض إنما يصير عليه إذا استهلكه، وهو قد قال: ما «كان لى على قرابتى» فلا يتناوله اللفظ، [ووجه اللازون][1]: أن عليه التسليم، وقد وهب التسليم، فيبقى والقراض له.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا قال عند موته: زيد مصدق فيما يدعيه، وأقر له بأربعين دينارًا فادعى خمسين دينارًا، يحلف على تحقيق دعواه، ويأخذها.

قال ابن دحون: إنما يلزمه اليمين؛ لأن كل من اقتضى دينًا من مال ميت، أو فلس، لزمه الحلف، ولا تنفعه بينة، إلا أن يسقط ذلك الورثة، أو الغرماء؛ لأن احتمال القضاء من الميت والمفلس قائم، والحق لغيرهما، وهو الوارث والغريم.

ولو طرأ غريم غائب، له أن يحلف من لم يحلف، ويحلف هو أيضًا، وليس

---

(١) كذا فى ط.

بمستقيم؛ لأن هذه اليمين لا بد منها، ولا اختلاف فيها، واليمين على تحقيق دعواه فى الخمسين، فيها خلاف عن ابن القاسم، فعليه أن يحلف: أن له عليه خمسين دينارًا ما قبضتها، ولا أسقطتها، وإنها باقية إلى حين بينة،

وعنه: يحلف: ما قبض الخمسين التى صدقه المتوفى فيها، ولا أسقطها، وإنها لباقية إلى حين بينته، والخلاف المذكور فى تحقيق دعواه جار على الخلاف فى يمين التهم؛ لأن الوارث يتهمه، ولو حقق عليه الدعوى، حلف قولا واحدًا، إلا أن يقول فى وصيته فلان: لا يحلف.

وعن ابن القاسم: أوصى عند موته: كان بينى وبين فلان معاملة فأعطوه ما ادعى، وهو مصدق - يعطى ما يشبه معاملة مثله لمثله من رأس المال، وإن ادعى ما لا يشبه، لا يعطاه من رأس المال ولا من الثلث، ويختلف فى اليمين كما تقدم.

ولو قال: أعطوه ما ادعى واحسبوه من ثلثى، أعطى ما ادعى وإن لم يشبه ما لم يجاوز الثلث.

فرع: قال: قال مالك: قال عند موته: ينظر فى كتبى فما فيه قبض من حق، قبل، فوجد فيها ذكر حق بأربعة عشر على فلان، وفيه قبض ثمانية، لا يحلف، ويأخذ ما بقى بغير يمين؛ لأن خطه كلفظه.

فرع: قال: قال مالك: إذا قال: له على دينار دينار من بقية حساب، عليه ديناران؛ لأن الشىء لا يعطف على نفسه.

فرع: فى الجواهر: له علىّ من واحد إلى عشرة، لزمته عشرة، قاله سحنون بناء على دخول الحد فى المحدود.

وقال أيضًا: تلزمه تسعة بناء على دخول الغاية، والابتداء بـ «من» على دخول الغاية دون الدرهم الأقل؛ لأن «من تقتضى الخروج، و«إلى» تقتضى دخول الغاية.

وقال سحنون - أيضًا -: تلزمه عشرة؛ بناء على أن الحدين يدخلان فى المحدود.

وقال - أيضًا -: تلزمه ثمانية؛ بناء على أن الحدين لا يدخلان، وهى قاعدة مختلف فيها فى الأصول والنحو، وقد تقدم تردد العلماء فى هذه الفروع عند نقل مذاهب الأئمة.

فرع: قال: إذا قال: له علىّ عشرة فى عشرة، وفسره بقرض عشرة فى عشرة، أو

بيع عشرة بعشرة - لزمته عشرة مع يمينه.

وقال سحنون: يؤاخذ بمائة درهم؛ لأنها المضروبة من عشرة فى عشرة.

ولو قال: عشرة دراهم فى عشرة؛ لأنه يقول: أعطاها فيها، وقد تقدم - أيضًا - تردد العلماء فى هذا.

فرع: قال: إذا قال يوم السبت: علىّ ألف، وأعاده يوم الأحد، لم يلزمه إلا الألف، إلا أن يضيفه إلى سببين مختلفين؛ لأن الأصل: براءة الذمة، واللفظ ظاهر فى إعادة عادة.

ولو شهد له فى ذكر حق بمائة، وفى آخر بمائة، لزمه مائتان؛ لأن العادة: إعادة الإخبار على الشىء، بخلاف كتابته.

واختلف قول مالك فى هذا، وآخر قوله: يحلف المقر [بأنهما واحد](1)، ولا يلزمه إلا مائة [. . .](2).

ولو أقر فى موضع بمائة، وفى آخر بمائتين، لزمه ثلاثمائة؛ لأن التباين دليل التعدد، وعن [. . .](3) مقدم الأقل صدقه فى التداخل [. . .](4) زيادة، وإلا [لزمه الدلان](5)؛ لأن الأصل مع التباين: عدم التكرار.

* * *

(١) كذا فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) كذا فى ط.

الباب الثانى

فى الأقارير المجملة

وهى ثمانية:

اللفظ الأول:

فى الجواهر: لفلان علىّ شىء، يقبل تفسيره بأقل ما يتمول؛ لاحتماله لذلك.

وفى كتاب ابن سحنون: إذا قال: غصبته شيئًا، ثم قال: كذا، وقال الطالب: هو كذا، صدق الغاصب مع يمينه؛ لأن الأصل: براءة ذمته، فإن نكل صدق الطالب مع يمينه، فإن امتنع المقر من البيان أجبر عليه؛ لأنه فعله ظاهرا، ولا يسجن حتى يذكر شيئًا، ويحلف عليه.

[ووافقنا على قبول الإقرار المجهول][1] والرجوع إلى تفسيره.

والفرق بينه وبين الدعوى بالمجهول: أن الدعوى على وفق داعية يدعيها فتتأكد من ربها؛ لأنه أقر به لقلة النزاع، والإقرار على خلاف الداعية، فإن لم يقبل، خشى الرجوع فيضيع الحق.

ولأنه لا ضرر على المدعى إذا ردت دعواه المجهولة؛ لأنه يمكنه بيانها، والضرر على المقر له إذا رددنا الإقرار بالمجهول[2] فيضيع حقه، ويحبس عند ابن حنبل إذا امتنع؛ لتوجه حق التفسير عليه كسائر الحقوق عند (ش) [. . .][3] ترد اليمين على المدعى؛ لأنه كالساكت.

وقال الحنفية: إن قال: غصبته شيئًا، وفسر بجنس من المال، وكذبه المقر له مدعيًا جنسًا آخر، بطل إقراره، ويصدق المقر فى براءته مطلقًا؛ لأن الإقرار بطل، فبقيت الدعوى مجردة فيصدق فى نفيها، وإن بين ما ليس بمال ولا يقصد بالغصب عادة كحبة حنطة، وكذبه المقر له، لا يصدق؛ لأن هذا لا يقصد بالغصب عادة، فهو راجع عن إقراره، وإن بين ما ليس بمال، ولكنه يقصد غصبه؛ كالمرأة، والولد الصغير، لا يصح بيانه ويجبر على البيان بمال متقدر؛ لأن الغصب فى الغالب إنما

---

(١) كذا فى ط.

(٢) فى ط: للمجهول.

(٣) بياض فى ط.

يكون فى الأموال، هذا إذا قال: غصبت له شيئًا.

وإن قال: له علىَّ شىء، فلا بد أن يبين ما له قيمة؛ لأن كلمة علىَّ للإيجاب فى الذمة [. . .][1] يراد بالدين، ولذلك إن فسره بحق الإسلام، ونحوه: لا يقبل.

وقال الشافعية: إن فسره بجنس، فلا أرد عليه أقل منه، قل أو كثر، ولو حبة من ألف دينار، قبل منه؛ لأن اسم الشىء يقع على القليل والكثير، فإن صدقه وقال: هذا هو مراده ولكن ادعى تمام ما ادعيته، صدق المقر فى نفى الزائد مع يمينه؛ لأن الأصل: براءته.

وإن قال: لم يرد هذا بالقول، صدق فى إرادة نفيه، وحلف يمينًا واحدة: أنه لا يستحق الألف، وأن ذلك مراده.

وإن فسره بما يتمول من غير جنس المدعى ولو خردلة أو حنطة وصدقه، أخذ ما وقع به التفسير، وصدق المقر فى نفى الدعوى، وإن كذبه حلف يمينًا واحدة أنه لا يستحق الألف، وإن ذلك مراده كما تقدم، وإن فسر بما لا يتمول عادة كقمع تمرة، لم يقبل منه؛ لأن «علىَّ» تقتضى إيجاب مال عادى فى الذمة، وهذا لا يكتب فى الذمة.

وإن قال: غصب شيئًا، قبل التفسير بالخمر، والخنزير، ونحوه؛ لأنه يسمى شيئًا، وهو غير المشهور عند الأئمة، ومثل مشهورهم عند الشافعية.

قال الشافعية: وإن فسره بنحو شفعة، قبل؛ لأنه حق يئول إلى مال، وكذلك حد[2] القذف؛ لأنه حق، أو برد السلام، لم يقبل؛ لأنه لا يثبت حقًّا عليه، وإن كان واجبًا فإنه يفوت فى ذمته.

أو يستحيل، نحو الشمس والقمر: لم يقبل، وطلب التفسير.

وقال الحنابلة: [. . .][3] الجنس [. . .][4] التفسير.

وكذبه المقر له، بطل الإقرار؛ كما قاله الحنفية.

وإن فسر بما لا يتمول عادة أو لا يتمول شرعًا كـ [. . .][5] ويقبل حدًّا لقذف،

---

(١) بياض فى ط.
(٢) فى ط: حق.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

والشفعة دون رد السلام [...][1] فى الغصب تفسيره بما ليس مالا لا يقبل؛ لأن اسم الغصب [...][2].

اللفظ الثانى:

فى الجواهر: له فى هذه الدار حق، وفسره بجزء، قبل تفسيره، إلا أن يدعى المقر له أكثر فيحلف المقر على معنى الزيادة، فإن امتنع من الإقرار، يسجن أبدًا حتى يضطر بالسجن إلى الإقرار.

ولو قال: شائعًا أو معينًا؛ لأنه حق، ولو فسره بذلك الجذع، أو هذا الباب، أو ثوب فى الدار، أو طعام فيها، أو سكنى هذا البيت:

قال سحنون مرة: يقبل تفسيره؛ لأنه حق فى الدار.

ورجع؛ لعدم القبول؛ لأنه أقر له بحق فى الأصل، وهذا من الأصل.

وكذلك الخلاف لسحنون فى تفسيره بثمرة هذه النخلة من الحائط، أو بأنه هبة زراعة الأرض سنة، ولو فسر بنخلة فى الحائط بأرضها، لقبل؛ لأنه من الأصل، ولو قال: وهبتها لغير أرض فقولان.

قال ابن عبد الحكم: إذا فسر سكنى بيت من الدار، وقال: اكتريت منه، أو أسكنته إياه سنة، قبل سنة مع يمينه.

قال: وكذلك إذا قال فى الثوب: أجرته منه، أو أعرته شهرًا، صدق مع يمينه؛ لأنه يصدق عليه أنه حق، أما لو قال: له حق فى هذه الدار، أو فى هذه الدنانير، أو فى هذا الطعام، حمل على عين الشىء.

وقال الحنفية: إذا قال: له حق فى الدار أو الأرضين، لا يسمع منه التفسير بالباب، والسكنى، والجذع، ولا فى الأرض للبناء لغير أرض، أو الزراعة، أو السكنى إلا إذا أصل كلامه بما تقدم لسحنون.

قالوا: وله التفسير بأى معنى شاء كما تقدم فى لفظ الشىء، يحلف على نفى الزائد، فإن لم يبين قالوا: يقول له القاضى أنصفاه ثالث حتى يصل إلى حد لا يملك

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.

أقل منه عادة، ولذلك لا يصدق عندهم فى ثمن نخلة بقى أصلها فى البستان، كما تقدم، لنا: بأرضها يصدق.

اللفظ الثالث:

فى الجواهر: له علىّ مال، ولم يذكر مبلغه، لم يذكر عن مالك فيه نص.

وقال الشيخ أبو بكر: يقبل تفسيره، ولو حبة، ويحلف.

وقال ابن المواز: لا يقبل منه أقل من نصاب الزكاة؛ لقوله - تعالى -: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، وهى إنما تؤخذ من النصاب.

وقال القاضى أبو الحسن: الذى يأتى على مذهب مالك فى ربع دينار، وإن كان من أهل الورق فثلاثة دراهم، لقوله - تعالى -: ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، والصداق: ربع دينار.

ويقبل قوله [بالكلب][١] وجلد الميتة والمستولدة؛ لأنها تضمن بالمال فى حال، والأولى قاله[٢] الأئمة، غير أن الشافعية قالوا: إن فسر ما لا يتمول فى العادة كالقطمير وقمع الثمرة، لا يقبل؛ لعدم صدق المال عليه فى العادة، وكذلك الكلب والخمر والسرجين؛ لأنه لا يتمول شرعًا، بخلاف الإقرار بشىء عندهم؛ لاحتماله ما يتمول وغيره على خلاف عندهم.

وإن فسره بما يستحيل ثبوته فى الذمة عادة، نحو: ملء الأرض، أو زنة الجبال ذهبًا، فهو كذب.

قال القاضى فى المعونة عن ابن المواز: إن كان من أهل الذهب، لزمه عشرون دينارًا، أو من أهل الورق، لزمه مائتا درهم، أو من أهل البقر، أو الإبل، أو الغنم، يأتى على مذهبه: أن يلزمه نصاب منها.

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا قال: له فى هذا الكيس مال، يعطى عشرين دينارًا؛ لأنه نصاب الزكاة:

وفى: إن فى الكيس دراهم، قال: يعطاها بعد أن يحلف، وكذلك إذا قال: له علىّ ما فيه مال.

---

(١) فى ط: بالكلم (كذا).
(٢) فى ط: قال.

اللفظ الرابع:

فى الجواهر: له مال عظيم علىّ.

قال الشيخ أبو بكر: هو بمنزلة مال؛ لأن المبهم أمر نسبى يختلف بحسب المالكين، والبخل، والسخاء، فرجع إلى تفسيره.

وقيل: يلزمه ثلاثة دراهم، أو ربع دينار؛ لأن الله عظمه حيث أباح به الفرج والقطع.

وقال القاضى أبو الحسن: يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وعشرون دينارًا إن كان من أهل الذهب.

قال القاضى فى المعونة: اختلف أصحابنا هل يلحق بمال من غير وصفه أم لا؟ ويحتمل عندى: ألف دينار قدر الدية؛ لأنه أعظم مال قدر فى الشرع، ويحتمل الزيادة على نصاب الزكاة؛ لأن نصاب الزكاة استحق اسم المال بما تقدم، فيزاد عليه.

واختار (ش) وابن حنبل: مطلق المال.

و (ح): نصاب الزكاة، وهو مال عظيم وخطير، وعظيم جدًا، أو عظيم عظيم.

اللفظ الخامس:

فى الجواهر: له على أكثر مما لفلان فيما يشهد به الشهود على فلان، فقيل: تفسيره فيما زاد عليه، ووقع عند (ش) هذا اللفظ بمعنى آخر.

قال: إذا قال: له علىّ أكثر من مال فلان، أو من المال الذى بيد فلان، فهو كقوله: علىّ مال، له تفسيره بالقليل، قال: علم فلان أو لم يعلمه؛ لأنه يحتمل أكثر منه عددًا، أو تركه لكونه حلالا أو يقال: كونه فى ذمته لا يطرأ عليه التلف والآخر حين يتلف، فإن قال: أكثر عددًا، وأقر أنه يعرف ذلك المال، ألزم العدد، ورجع فى الزائد إلى تفسيره.

وإن قال: مال فلان دينار، وعلىّ أكثر عددًا وأراد: من الفلوس، أو حب القمح - قبل منه عنده، لم يقر بالجنس بل بالعدد، وإن قال: ماله ألف دينار، وتلك علىّ أكثر منه ذهبًا، لزمه الجميع ذهبًا، ورجع فى الزيادة إلى تفسيره.

اللفظ السادس:

وفى الجواهر: له على كذا، فهو كالشىء.

قاعدة: قال الزمخشرى فى المفصل: ألفاظ الكناية أربعة: «كم»، و«كذا»،

و«كيت»، و«ديت».

فـ «كم» و«كذا»: كنايتان عن العدد على سبيل الإبهام.

و«كيت» و«ديت»: كنايتان عن الحديث، ووافقه صاحب الصحاح، والزجاج، وغيرهما.

إذا تقرر هذا، فلا يعتقد أحد أن كذا جار ومجرور من كاف التشبيه مع: «ذا» الذى هو اسم الإشارة، بل الجميع اسم مفرد كناية عن العدد.

إذا تقرر هذا فاعلم أن «كذا» يستعمل تارة(١) مفردًا، وتارة نقول: كذا درهمًا بالنصب، والرفع، والخفض، والسكون، فهذه خمس صور، وتارة يكرر فنقول: كذا كذا من غير ذكر جنس، وتارة يذكر مرفوعًا، لا منصوبًا، أو مخفوضًا، وموقوفًا، فهذه خمس صور، وتارة يدخل بينهما حرف العطف فيصير جنسًا آخر، وتارة يدخل بينهما حرف «بل»، فنقول: كذا بل كذا، فتصير أجناسًا أخرى، فهذه عشرون صورة، وتارة يكون المميز مجردًا، وتارة يكون مجموعًا، أو مبنيًا، ومرده على الأحوال كلها فتصير نحو أربعين يظهر مقتضاها وإعرابها فى أثناء البحث، وأنقل منها ما وجدت فى المذهب، وما لم أجده فيه ووجدته فى مذاهب الأئمة نقلته ليوقف عليه، فإن كلامهم نور - رضى الله عنهم - فتمسك به فى التخريج على أصل مذهب مالك إن احتجت إليه.

ووافقنا (ش) على أن «كذا» مفرد من غير تمييز بمعنى: الشىء، وهو مشكل؛ لأنه إذا كان كذا وكذا، كناية عن العدد، وجب أن يلزمه أقل مراتب العدد، وهو اثنان من أى جنس فسره، ولا يخرج هذا على الخلاف فى أقل الجمع؛ لأن الخلاف فى الجمع ليس فى العدد فإنها ألفاظ متباينة، فأبنية الجميع غير صيغة العدد، وما علمت خلافًا أن مبتدأ العدد اثنان.

فرع

فى الجواهر: له علىَّ كذا درهمًا - بالنصب.

قال ابن عبد الحكم: يلزمه عشرون [لأنها](٢) أول عدد [مفرد له](٣) مميز الواحد

(١) فى ط: كذا.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

المنصوب، فإن من أحد عشر، إلى تسعة عشر مركبات من لفظين، والعشرون من لفظ مفرد وليس فى العدد ما يميز بالمفرد المنصوب إلا من أحد عشر إلى تسعين، فأحد عشر أول المركبات، والعشرون أول المفردات، فلتكن هذه القاعدة مقررة حتى يخرج عليها بعد هذا إن شاء الله.

وخالفنا فى هذا الفرع الأئمة، وقالوا: يلزمه درهم؛ لأن «كذا» عندهم كناية عن شىء مبهم، والدرهم المنصوب بعده على التمييز، أو مفعول بفعل مضمر، تقديره: له شىء درهمًا، أو أعنى درهمًا، وقد تقدم النقل فى أنه لعدد الشىء فيحتاجون أن ينقلوا ما ذكروه عن اللغة، مع أن أصحابنا قد نقضوا أصولهم ووافقوهم فى: له كذا وكذا درهمًا، لزمه أحد عشر درهمًا؛ لأنه أول عدد يميز بالواحد المنصوب.

وعند (ش)، وابن حنبل: يلزمه درهم؛ لأن «كذا» اسم لشىء مبهم عندهم، فقد كرر الشىء ثم فسر بالتمييز فيلزم ما ميز به، وهو درهم ليس إلا.

فرع: فى الجواهر: له على كذا وكذا درهمًا، لزمه أحد وعشرون درهمًا؛ لأنه أول عدد عطف وتميز بالمفرد المنصوب.

وقال سحنون: ما أعرف هذا، فإن كان هو اللغة فكذلك، وكان يقول: يصدق المقر مع يمينه، ووافقنا محمد بن الحسن فى هذه الفروع الثلاثة.

وقال (ش) فى هذا الفرع: يلزمه درهمان، بناء على أن «كذا» اسم لشىء مبهم، والعطف يقتضى التغاير، ويأبى التأكيد، وقد فسر الشىء بالدرهم، وكأنه قال: علىَّ درهم ودرهم، فيلزمه درهمان، ووافقنا الحنابلة.

فرع: فى الجواهر: له علىَّ كذا وكذا دينارًا، أو درهمًا، نظر إلى أقل ما فوق كذا وكذا من العدد فيكون عليه نصفه دنانير، ونصفه دراهم؛ لأن صيغة «أو» اقتضت التردد بين النوعين، وليس أحدهما أولى من الآخر، فلزمه من كل واحد نصفه؛ كمسألة الخنثى ومسألة الترامى، وعلى قول سحنون: يصدق المقر مع يمينه.

فرع: قال القاضى ابن مغيث فى وثائقه: إذا قال علىَّ كذا وكذا دراهم - بجمع دراهم - لزمته ثلاثة دراهم؛ لأنه أقل عدد يميز بالجمع، فإنك تقول: درهم، درهمان، من غير تمييز، ثلاثة دراهم، فدراهم هنا تمييز إلى عشرة دراهم، ثم تركب العدد فتقول: أحد عشر درهمًا إلى تسعة عشر درهمًا فتميزه بالمفرد[1]

(١) فى ط: بالتفرد.

المنصوب، ثم تزيل التركيب فتقول: عشرون درهمًا إلى تسعين درهمًا فتميزه بالمفرد المنصوب، ثم تذكر المائة فتميزها بالمفرد المخفوض، وكذا ألف، فهذا جميع مراتب الأعداد وتميزاتها.

فرع: قال: عليَّ كذا درهم بالخفض، يلزمه مائة، لما تقدم.

وقال الشافعية، والحنابلة: يلزمه بعض درهم؛ لأن «كذا» عندهم لا يختص بالعدد، بل معناه، وبعض الدرهم شىء يمكن إضافته إلى الدرهم

فما قال إنه للعدد إلا (ح)، ومحمد بن الحسن والزجاج، وغيره من النحاة وافقونا[١]، غير أننا نحن نقضنا أصولنا إذا لم يميز أصلا ووافقناهم، وقد تقدم تقريره، ولم يوجد عن (ح) فى المسائل نقل.

فرع: قال الشافعية، والحنابلة: إذا قال: له عليَّ كذا درهمْ - بالوقف فى ميم درهم من غير إعراب - يقبل تفسيره بأى جزء من أجزاء الدرهم؛ لأن المجرور يصح أن يوقف عليه بالسكون، والأصل: براءة الذمة من غيره.

فرع: قال الشافعية: إذا قال: كذا وكذا، وأطلق من غير تمييز، قبل منه أقل ما يقول؛ لأن معناه: شىء شىء، وكرره للتأكيد.

فرع: قالوا: فلو قال: له كذا وكذا ولم يفسره، فقد أقر بمعين، فيرجع إلى تفسيره فيهما؛ لأن العطف يقتضى التغاير، فلابد أن يفسرهما بمتمولين عادة وشرعًا.

فرع: قال الشافعية، والحنابلة: إذا قال: عليَّ كذا وكذا درهم - بالعطف، والرفع فى درهم - يلزمه درهم؛ لأنه ذكر شيئين مبهمين وأبطل منهما أحدهما[٢]، فيكون هذا اللازم، أو يكون خبر مبتدأ مضمر، تقديره: هو درهم[٣]

فرع: قال الشافعية: إذا قال: له عليَّ كذا من الدراهم، لزمه ثلاثة دراهم؛ كما لو قال: له شىء، وفسره بدراهم، لم يقبل منه أقل من ذلك، وهكذا بناء منهم على أن «من» لبيان الجنس؛ كأنه قال: من جنس الدراهم، أما لو كانت للتبعيض، للزمه أقل الأخرى؛ لأنه بعض الدراهم، ويلزمه ألا يفتوا إلا بهذا على التقديرين؛ لأن «من»

---

(١) فى ط: وافقنا.
(٢) فى ط: الدراهم.
(٣) فى ط: هما مضمر.

لفظ مشترك، والأصل: براءة الذمة مع التردد.

فرع: قال الحنابلة: له كذا درهمٌ - بالرفع - يلزمه، ودرهم مرفوع على البدل من كذا، أو خبر ابتداء مضمر تقديره: هو درهم.

فرع: قالوا: إذا قال: كذا وكذا درهمٍ - بخفض درهم - لزمه بعض درهم؛ لأن تقديره: خمس [و] عشر درهم أو نحوه، فله تفسيره.

وأنت تعلم من هذه الفروع تخريج ما يرد منها على أصولنا وعلى أصولهم، وهى كلها دائرة على قاعدتين:

مجمع عليها، وهى أن الأصل: براءة الذمة من المشكوك فيه.

ومختلفٍ فيها، وهى: «كذا» اسم للعدد المبهم، أو لشىء مبهم، وبهاتين القاعدتين لا يخفى عليك شىء من فروع هذا اللفظ.

اللفظ السابع:

فى الجواهر: له علىّ عشرة دراهم ونَيِّف، له تفسير النيف بأقل من درهم ولو دانق؛ لأن النيف هو الزائد من الواحد إلى الخمسة، وكذلك نيف وخمس.

وقيل: إذا أقر بعشرين ونصف إلى النيف، ثلثها، وكذلك مائة ونيف، أو درهم ونيف، أنه مائة وثلثها، ودرهم وثلثه، واختار الشيخ أبو إسحاق أن القول قول المقر مع يمينه.

فائدة:

فى الصحاح: أن النيف: الزيادة، تخفف وتشدد، يقال: عشرة ونيف، ومائة ونيف، وكل ما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثانى.

اللفظ الثامن:

فى الجواهر: له علىّ بعض المائة، أو قربها، أو أكثرها، أو نحوها، أو مائة إلا قليلا، أو مائة إلا شيئًا - يلزمه من ثلثى المائة إلى أكثر بقدر ما يرى الحاكم عند أكثر الأصحاب.

وقيل: ثلث المائة؛ لأن الثلث فى حيز الكثرة.

وقيل: ربعها[1]؛ لأنه الأكثر وإلا فالعشرون منها كثير وليست أكثرها.

---

(١) فى ط: ثلثها.

وقيل: النصف وشيء، وذلك أحد وخمسون؛ لأن بالواحد صارت الخمسين أكثر المائة.

اللفظ التاسع: قال القاضى ابن مغيث فى وثائقه: له علىَّ دراهم فأقل، لزمه فى حكم العربية درهمان، قال: لأنه أقر له بجمع، وأقل الجمع اثنان.

* * *

الباب الثالث

فى تعقب الإقرار بما يرفعه

وهو ينقسم إلى: استثنائه فإن [الاستثناء][(١)] قسمان:

مجهول ومعلوم، فهذه ثلاثة أبحاث:

البحث الأول:

فى الاستثناء المعلوم: وفيه خمس مسائل:

الأولى: فى الجواهر: يصح استثناء الأكثر نحو: عشرة إلا تسعة، فيلزمه درهم، وقاله (ش)، و (ح).

وقال عبد الملك: لا يصح، وقاله ابن حنبل، وألزم أصل الكلام.

قال صاحب الجواهر: والأول: المشهور، [وقاله القاضى][(٢)] فى المعونة، وغيره.

وقال القاضى ابن مغيث فى وثائقه: لا يصح استثناء الأكثر، ويلزم جميع العشرة، وقال: هذا مذهب مالك وأصحابه.

وفى المدخل لابن طلحة: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا، فى لزوم الثلاث له قولان؛ بناء على أنه استثنى، أو أنه لزم.

ومقتضاه: جواز استثناء الكل من الكل، مع أن العلماء حكوا فى استثناء الأقل، والمستغرق الإجماع، وحكوا فى المساوى والأكثر[(٣)] قولين.

وحكى الشلوبين، وغيره من النحاة الخلاف فى جواز الاستثناء من أسماء الأعداد؛ بناء على أن الاستثناء فى لفظ العشرة مثلًا فى الثمانية إذا استثنى اثنان، وأسماء الأعداد نصوص لا تقبل المجاز، ويقال: الاستثناء مع المستثنى منه لفظ واحد وضع لما بقى، فللثمانية فى لسان العرب عبارتان: ثمانية، وعشرة إلا اثنان، فلا مجاز.

وفى الكتاب العزيز: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ﴾ [العنكبوت: ١٤].

---

(١) بياض فى ط.

(٢) فى ط: والقاضى.

(٣) فى ط: والجمع.

وفى السنة: «إِنَّ للهِ تِسْعَةً وَتِسْعِينَ اسْمًا، مَائَةً إِلَّا وَاحِدًا مَنْ أَحْصَاهَا دَخَلَ الْجَنَّةَ»[(١)]، فهذه استثناءات فى الأعداد.

لنا على جواز استثناء الأكثر: قوله - تعالى -: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]، ومعلوم أن الغاوين أكثر.

وقوله - تعالى -: ﴿لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ [ص: ٨٢، ٨٣].

فمجموع الاثنين يبطل القول بمنع المساوى وحصر الجواز فى الأقل؛ لأن أحد الفريقين إن كان أقل من الآخر [فالآخر][(٢)] أكثر، وقد استثنى فى الآية الأخرى، وهذا الاستثناء اغتبط به جماعة من الفضلاء، وهو لا يتم؛ لأن المانع من استثناء المساوى [والأكثر إنما مع كون المتكلم مقدمًا فى كلامه على حسن كثير هو عالم حال التكلم][(٣)].

فإن المستثنى إذا قال: له عندى مائة إلا تسعة وتسعين، وهو يعلم أن أكثر كلامه هدر، فإقدامه على ذلك قبيح، فالآية ليست من هذا الباب، فإن عند صدور هذا الخطاب لإبليس [...][(٤)] لا يتعين الغاوى من المخلص فلا لمس [...][(٥)] الكلام بالهدر، بخلاف صورة النزاع، ولذلك اتفقوا على جواز التقييد بالشرط، وإن أبطل جملة الكلام كونه غير متعين حالة التعليق، نحو: أكرم بنى تميم إن جاءوك، يجوز ألا يجيئه أحد فيبطل جميع كلامه عند عدم الشرط، وما ذاك إلا لعدم التعيين، فاعلم هذا الموضع فهو حسن.

ولنا: قوله - تعالى -: ﴿يَٰأَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ قُمِ الَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِّصْفَهُۥ أَوِ انقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا﴾ [المزمل: ١، ٣]، فقد استثنى الثلثين، وبالقياس على التخصيص، فإنه يجوز فى الأكثر إجماعًا؛ لأن الاستثناء مأخوذ من الشىء، وهو الرجوع، وهو مشترك بين القليل والكثير.

---

(١) أخرجه من رواية أبى هريرة: البخارى (١٣/٣٧٧) حديث (٧٣٩٢)، ومسلم (٤/٢٠٦٣) حديث (٦/٢٦٧٧).
(٢) سقط فى ط.
(٣) كذا فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

احتجوا بأن كلام العرب مبنى على الاختصار، وليس منه ما ذكرتموه، بل هو حشو.

ولأنه على خلاف الأصل؛ لكونه يبطل ما تقرر، وأكثر الشىء فى معنى جملته، كما يقال للثور الأسود الذى فيه شعرات بيض: «أسود»؛ لكون القليل مغتفرًا أما بوصفه[١] أبيض فلا، ولأن دار [. . .][٢] عن اللغة مع ذلك فلا يجوز.

والجواب عن الأول: أن العرب أيضًا قد تطنب وتطول وتكرر وتقيم الظاهر مقام المضمر لمقاصد تقتضى ذلك من التفخيم والتعظيم وتقريب المعنى فى [الذهن][٣] إلى غير ذلك من المقاصد، وكذلك هذا فيه مع ما ذكر استدراك الغلط العظيم الذى قد يسهو الإنسان عنه.

عن الثانى: أن الأصل قد يخالف لما ذكرناه من المقاصد أيضًا، فإنه ضرورة مناسبة لمخالفة الأصل.

عن الثالث: أنه معارض بنقل أكثر منه عن أئمة اللغة.

تفريع: فى الجواهر: على المشهور إذا قال: له علىَّ عشرة إلا تسعة، إلا ثمانية، إلا سبعة، إلا ستة، إلا خمسة، إلا أربعة، إلا ثلاثة، إلا اثنان، إلا واحدًا، لزمه خمسة؛ بناء على أن الاستثناء من النفى إثبات، والإثبات نفى، وأن الاستثناء الثانى يعود على الأول، وعلى أصل الكلام فتكون التسعة منفية، والثمانية موجبة، والسبعة منفية، فيئول الأمر إلى خمسة أجزاء الأمر، وعلى غير المشهور: له عشرة إلا سبعة، إلا خمسة، إلا درهمين.

قال الحنابلة: يلزمه سبعة؛ لأنه أخرج سبعة، ورد منها خمسة إلا اثنين، وذلك ثلاثة من سبعة فبقى منها أربعة وهو أقل العشرة، فيلزمه تسعة، فلم يسقطوا إلا إذا اتصل به ما يصيره أقل.

وإن قال: ثمانية إلا أربعة، إلا درهمين، إلا درهمًا، لزمه خمسة.

وإن قال: له عشرة إلا خمسة، إلا ثلاثة، إلا درهمين، إلا درهمًا، بطل الاستثناء كله، على القول بمنع استثناء النصف، وصح على الآخر، ولزمه سبعة، وعلى هذا

---

(١) فى ط: بصفة.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

التفريع تجرى الاستثناءات على الخلاف.

الثانية: في الجواهر: الاستثناء من غير الجنس جائز، نحو: عليَّ ألف درهم إلا ثوبًا، أو عبدًا إلا دابة.

وعند (ش): يجوز استثناء ما كان مكيلًا، أو موزونًا، أو معدودًا، فيجوز استثناء الحنطة من الدنانير، والجوز من الرمان، ونحوه مما يعد.

وقال محمد، وابن يوسف: يصح من غير الجنس فيما يدخل تحت الذمة، نحو: ألف دينار، إلا فلسًا وإلا كُرّ حنطة.

وإن كان مما يدخل تحت الذمة من غير المكيل، والموزون، نحو: إلا ثوبًا، أو إلا شاة، فهو باطل.

ومنع ابن حنبل الجميع.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ [الحجر: ٣٠]، وهو من الجن؛ لقوله - تعالى - في الآية الأخرى: ﴿كَانَ مِنَ ٱلْجِنِّ﴾ [الكهف: ٥٠].

وقوله - تعالى -: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا سَلَٰمًا﴾ [الواقعة: ٢٥]، والسلام ليس من اللغو.

وقوله - تعالى -: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً﴾ [النساء: ٢٩].

قال العلماء هو [. . .][(١)] تقديره: إلا أن تكون تجارة فكلوها بالسبب الحق.

وبالقياس على المكيل والموزون.

احتجوا بالقياس على ما إذا قال: بعتك بألف درهم إلا ثوبًا، وأن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل، وهذا لا يدخل فلا يكن استثناء.

ولأنه من غير الجنس فلا يجوز كالتخصيص.

والجواب عن الأول: الفرق بأن البيع يحل به الغرر، بخلاف الإقرار يجوز بالمجهول، وإخراج ثوب من دينار يقتضي جهالة الثمن.

عن الثاني: أن الحد يقبل المعارضة، بل عندنا أربعة أقسام:

---

(١) بياض في ط.

ما لولاه لوجب دخوله، نحو: له عشرة إلا اثنين لكونه نصًا.

وما لولاه لظن دخوله، نحو: اقتل المشركين إلا زيدًا؛ لكونه ظاهرًا.

وما لولاه لجاز دخوله من غير ظن، نحو: صلّ إلا فى المواطن السبعة، فإنه لا يظن إرادتها من سماع الأمر.

وما لولاه لقطع بعد دخوله، وهو المنقطع.

فالحد العام عندنا هو إخراج ما تناوله اللفظ له قبله أو عرض نفس المتكلم.

عن الثالث: أننا لا نسلم أنه يمتنع التخصيص بخبر الجنس إذا أفضى الطرفان فى العموم؛ لأن [. . .][1] - عندنا - يعود بالبيان على اللفظ على ما سيأتى.

تفريع: فى الجواهر: قيل: الاستثناء من غير الجنس، باطل، ويلزمه ما أقر به كاملًا، وإذا فرعنا على المشهور: يقال له: اذكر قيمة العبد الذى استكتبته، ويكون مقرًا بما بقى بعد قيمة العبد، فإن استغرقت الألف، لزمه الألف، وبطل الاستثناء؛ كالاستثناء إن استثنى الكل بطل، وإلا صح، وقاله الشافعية غير أنهم زادوا فى التفريع ما يناسبه فقالوا: ينبغى أن تكون القيمة مناسبة للثوب؛ لئلا يعد نادمًا، قالوا: وهذا إذا استثنى مجهولًا من معلوم فإن قيمة الثوب مجهولة وألف دينار معلوم، وعكسه: له ألف إلا درهما بتفسير الألف، ويعود الحكم إلى الاستغراق فلا يقبل، وإلا قبل، وإن استثنى مجهولًا من مجهول، نحو: مائة إلا عشرة، أو إلا ثوبا، فعلى ما تقدم.

فرع: قال القاضى ابن مغيث فى وثائقه: قال ابن السراج: إذا قال: له عندى مائة درهم إلا درهمين، لزمه ثمانية وتسعون درهمًا[2]، و: إلا درهم، تلزمه المائة تامة؛ لأن الرفع يقتضى أن «إلا» بمعنى «غير» على البدل، فقد اعترف بمائة مغايرة لدرهمين، فتلزمه.

نظيره: قوله - تعالى -: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء: ٢٢]، أى: غير الله.

الثالثة:

فى الجواهر: يجوز الاستثناء من العين غير العدد، نحو: له هذه الدار إلا ذلك

---

(١) بياض فى ط.

(٢) فى ط: دينارًا.

البيت، والخاتم إلا الفص، وهؤلاء العبيد إلا واحدًا، ثم يعينه، وله هذه الدار، وبناؤها لى أو لفلان، وهذا البستان إلا نخلة، فإنها لى.

قال أشهب: إذا قال: غصبت هذه الدار، وبناؤها لى، أو بيته منها، أو هذه البطانة، ولى بطانتها، إذا اتصل كلامه؛ لأن الكلام بآخره، والأصل: براءة الذمة.

الرابعة:

قال الشافعية: إذا وافق[1] الاستثناء جملة منطوقة[2] فهو كقوله: علىَّ عشرة إلا عشرة، وقيل: عندهم يصح؛ كما لو قال: على درهمان إلا درهمًا، وقاله المالكية فى: أنت طالق واحدة، واحدة، واحدة، إلا واحدة: تلزمه اثنتان.

وخالف (ش) فى الطلاق، وهو الأصل، فإن أمكن العود إلى الجميع نحو: له هذا الذهب، وهذا الدينار، وهذا التبر، إلا مثقالًا، فالمنقول عن مالك، و (ش): عوده إلى الجميع؛ لأن الكلام بآخره، وآخر الكلام إنما يتعين بالسكوت، ولم يسكت عقيب شىء من الجمل.

وقال (ح): يختص بالجملة الأخيرة؛ لأن القرب يوجب الرجحان.

الخامسة:

قالوا: إذا تكررت استثناءات بحرف العطف، تعين عودها على أصل الكلام؛ لأن العرب لا تجمع بين «إلا» وحرف العطف؛ لأن «إلا» للإخراج، والعطف بالواو للتشريك، فهما متناقضان، نحو: له عندى عشرة إلا ثلاثة، وإلا اثنين، فإن استغرق الأصل، سقط استثناؤه، ولزمته العشرة؛ لأنه أبطل جميع كلامه، وقاله (ح).

وقال صاحباه: يسقط الأخير لا لمقتضى الاستغراق، ويصح ما عداه؛ لأن الأصل: اعتبار الكلام بحسب الإمكان.

البحث الثانى:

فى الاستثناء المجهول:

وفى الجواهر: له علىَّ مائة درهم إلا شيئًا، يلزمه أحد وتسعون، وله عشرة آلاف إلا شيئًا، يلزمه تسعة آلاف ومائة، وله درهم إلا شيئًا، يلزمه أربعة

(١) فى ط: تقف.
(٢) فى ط: منطوق به.

أخماس درهم.

وهذه تعسفات ما علمت لها مدركًا من اللغة، ثم إنه جعله تسعة أعشار العشر فى المائة، وعشر آلاف، وجعله الْخُمُسين فى الدرهم، فلم يجر على قانون مع أنه قال بعد ذلك: إذا قال: له علىَّ قرب المائة أو المائة إلا شيئًا:

قال سحنون: أكثر أصحابنا أنه يلزمه ثلثى المائة بقدر ما يرى الحاكم.

وقيل: ثلث المائة.

وقيل: ربعها[1]، وقيل: أحد وخمسون يزيد على النصف، هذا نقل الجواهر.

وقال القاضى ابن مغيث فى وثائقه: إذا قال: له علىَّ عشرة إلا شيئًا، وإلا كسرًا، صدق فى تفسيره، مع يمينه، يعنى: لأن الاستثناء يصح فى العشرة إلى التسعة، فكما صح استثناؤه، صح أن يفسر به الاستثناء المجهول، ولم يحك خلافًا، وهذا قول (ش).

وقال الحنابلة: لا يصح تفسيره بالنصف، بل لا بد أن يزيد عليه يسيرًا، بناء منهم على امتناع استثناء المساوى، فطرد الفريقان أصلهما فى الاستثناء المجهول فى جواز استثناء الأكثر، ومنعه.

وقال (ح) كقول الحنابلة، فإنه إذا قال: له علىَّ مائة درهم إلا قليلًا، أو إلا بعضها، وأنت طالق ثلاثًا إلا بعضها، لا بد أن يزيد على النصف فى الباقى.

فخالف أصله فيما ينقل عنه فى جواز استثناء الأكثر، أو يكون له فيه قولان، وبالجملة فهذه أقوال معقولة، ولها مرجع من اللغة بخلاف الأولى فاعلمه.

وقد سئل بعض الفقهاء إذا قال: له شىء ومائة، رجع لتفسيره فى الشىء، وله مائة إلا شيئًا، يلزمه أحد وتسعون[2]، ما الفرق؟

قال: الفرق: أن العرب لا تستثنى من العشرات إلا الآحاد، ومن المئين إلا العشرات، وكذلك معين واحد من العشرة؛ لئلا يكون مثل قوله: له علىَّ عشرة إلا عشرة.

بخلاف العطف يعد فى القليل والكثير، فرجع إلى تفسيره، وههنا أنه استثناء أكثر

---

(١) فى ط: ثلثاها.

(٢) فى ط: ستون.

العشرة، فقيل عنه أحد وتسعون، وكذلك الكلام فى ألف إلا شيئًا، وهذا نقل يعسر عليه تحقيقه، بل العرب تقول: مائة إلا عشرة وإلا عشرون، وألف إلا مائة، وألف إلا مائتان، [إن المسل هو أو الألف][1]، فلها إخراج أقله ونصفه وأكثره على الخلاف فى النصف والأكثر.

البحث الثالث:

فيما يعقب الإقرار من المعانى المبطلة له، وفيه أربع عشرة مسألة:

الأولى:

فى الجواهر: له على ألف من ثمن خمر أو ميتة، لم يلزمه شىء؛ لأن الكلام بآخره، إلا أن يقول الطالب: بل من تمر، فتلزمه مع يمين الطالب، وقاله (ش)، و (ح) ؛ لأنه وصل كلامه فأسقط جملته فيقوم الطالب عليه؛ كما لو قال: له عندى عشرة، فلو قال: اشتريت منه خمرًا بألف، لم يلزمه شىء؛ لأنه لم يقدم فى كلامه بسبب لزوم شىء له أو يقتضى عدم اللزوم بخلاف الأول.

الثانية: قال فى الجواهر: له على ألف من ثمن عبد، ثم قال: لم أقبض:

قال ابن القاسم، وسحنون، وغيرهما - من أصحابنا -: يلزمه الثمن، ولا يصدق فى عدم القبض كأنه يَكِرُّ على الإقرار بالاستثناء المستغرق.

وقيل: يصدق، وعلى البائع البينة: أنه سلم العبد إليه؛ لأن الأصل: عدم القبض، وهو لم يعترف مطلقًا، بل بثمن العبد.

وكذلك: اشتريت منه سلعة بمائة درهم لم أقبضها منه، القول قوله.

وعند (ش): إذا قال: اشتريت منه سلعة بألف ولم يقبضها، يصدق مع يمينه اتفاقًا، وله علىَّ ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه، ووصل قوله، فكذلك، ولم يلزمه تسليم الألف حتى يقبض، سواء وصل بإنكار القبض، أو سكت حتى انقطع كلامه؛ لأن الأصل: عدم القبض.

وقال (ح): إذا عين المبيع، قبل منه، وصل الإقرار أم لا؛ لأن عين المبيع لا يلزمه ثمنه، فأشبه ما لو قال: من ثمن خمر بخلاف المعين.

وعند (ش) قال: له ألف وسكت حتى ينقطع كلامه، ثم قال: من ثمن مبيع لم

---

(١) كذا فى ط.

أقبضه، لم يقبل منه، لاستقرار الإقرار بالسكوت.

الثالثة:

فى الجواهر: إذا أقر بمال من ثمن خنزير، ثم أقام بينة أنه رباه وأنه إنما أقر أنه من ثمن خنزير، إلا أن يقيم بينة على إقرار الطالب أنه ربا، لاضطراب كلامه.

وقال ابن سحنون: تقبل بينته أنه ربًا، ويرد إلى رأس ماله، ولا يكون إقراره ملك بالبينة، وبالأول قال سحنون.

الرابعة:

فى الجواهر: علىَّ ألف، لا يلزمه، أو زور، أو باطل، لزمته إن صدقه غريمه فى الملك، وكذبه فى قوله: زور وباطل؛ كما لو قال: له عشرة إلا عشرة، وإن صدقه فيهما، لم يلزمه شىء؛ لاعتراف المقر له بالسقط.

الخامسة:

فى الجواهر: له علىَّ مائة قضيتها، لا يقبل قوله فى القضاء، كما لو قال: له علىَّ مائة إلا مائة، وقاله (ش).

ولو ادعى القضاء قبل الإقرار، وقامت البينة، لم تمنع دعواه، ولا يمينه؛ لأنه كذبها بإقرار، والإقرار أقوى من الدعوى، إلا أن يقول بعد الإقرار: وما قبضتها، ولم يقبل قبل الإقرار فسمع ببينة [. . .][1] الإقرار حينئذ.

السادسة:

فى الجواهر: له علىَّ ألف إن شاء الله - تعالى - لزمه الألف، ولا ينفعه الاستثناء؛ لأن الإقرار خبر عن الواقع، والواقع لا يقبل التعليق على الشروط، وقاله (ح).

وقال: إلا أن يكون الشرط نحو: إن جاء رأس الشهر، أو جاءنى بعبدى الآبق؛ لأن هذا الإقرار إخبار عن حصول المسبب، ولا يلزمه شىء حتى يحصل ذلك الشرط.

السابعة:

فى الجواهر: علىَّ ألف فيما أظن، أو ظننت، أو أحسب، أو حسبت، لزمه؛

(١) بياض فى ط.

لأن حقوق العباد وحقوق الله - تعالى - تكفى فيها الظنون.

وقال محمد: إذا قال: فيما أعلم، وفى علمى، أو فيما يحضرنى، فهو شك لا يلزم بدليل الشهادة.

الثامنة:

فى الجواهر: له ألف مؤجلة، لزمته مؤجلة إذا كان الأجل غير مستنكر، وقاله (ش) ؛ لأن التأجيل لا يسقط الحق بل ينقصه[1]، فهو استثناء البعض.

وقيل: يحلف المقر ويستحقه حالًا وقاله (ح) ؛ لأنه رفع المطالبة فى الحال فيسقط التأجيل، كما لو قال: قضيتها وذكر الأجل بعد الإقرار، لم يقبل اتفاقًا بين الأئمة.

ولو قال: علىَّ ألف مؤجل من جهة القرض؛ لأنه شأن القرض، أما أن يدعى الطالب الحلول، صدق مع يمينه؛ لأن الأصل: عدم الاشتراط.

التاسعة:

فى الجواهر: من كتاب ابن سحنون: له علىَّ مائة درهم إن حلف، أو إذا حلف، أو متى حلف، أو حين يحلف، أو مع يمينه، أو فى يمينه، أو بعد يمينه، فحلف المقر له ونكل المقر، وقال: ما ظننت أنه يحلف - لا يلزمه شىء؛ لأن ظاهر حال اشتراطه ذلك إذ لم يعترف بشىء.

وقال ابن عبد الحكم: إن حلف وإن ادعاها، أو [. . .][2] على حلفها بالعتق أو بالطلاق، أو بالصدقة، أو قال: استحل ذلك وإن كان يعلم أنها له، وإن أعارنى رداءه، أو دابته [. . .][3] أو قال: إن شهد بها علىَّ فلان فشهد بها عليه: فلا يلزمه شىء فى هذا كله؛ لأن ظاهر حاله عدم الإقرار.

وأما إن قال: إن حكم بها فلان لرجل سماه - فتحاكما إليه فحكم بها عليه، لزمه؛ لأنه علق اللزوم على سببه فيلزمه عند حصول سببه، بخلاف الشروط الأولى ليست أسبابًا بل استبعادات.

وعند (ش): إن جاء رأس الشهر فله مائة، قولان، وإن قال: إن شهد شاهدان،

---

(١) فى ط: ليقضه.

(٢) بياض فى ط.

(٣) بياض فى ط.

لم يلزمه شىء، شهدا أم لا، وكذلك: إن شهد فلان علىَّ صدقته؛ لأنها وعود عنده، وقد يصدق من ليس بصادق.

العاشرة:

فى الجواهر: له على مائة وديعة، لا تكون إلا وديعة؛ لأنه لم يعترف على ذمته بشىء، والأصل: براءتها[١]، وعلى مستعمل الوجوب التسليم، والوديعة يجب تسليمها.

وكذلك لو قال: دين، لم يلزمه إلا دينار.

وقال (ش): وإن قال: قبلى، أو له علىَّ مائة درهم دينًا وديعة، لزمته دينًا؛ لأنه قد[٢] يتعدى فى الوديعة فتصير دينًا.

الحادية عشرة:

فى الجواهر: لك هذه الشاة، أو هذه الناقة، فلك الشاة، ويحلف المقر ما أقر بالناقة تلك؛ لأن عدوله إلى الناقة إبطال للشاة فلا يسمع منه.

ولو حلف: ما لك فيها جميعًا شىء، وادعيت كلها، لم يقبل قولك فى الناقة، فالقول للمقر فى الشاة؛ لأنه لم يجزم لك بالناقة لأخذ الشاة دون الناقة تبقى فى المقر.

الثانية عشرة:

فى الجواهر: غصبت هذا العبد من فلان، ثم قال: لا، بل من فلان: ففى كتاب ابن سحنون: هو للأول مع يمينه؛ لأن الثانى ذكره إبطال فلا يسمع، وللآخر قيمته يوم القبض مؤاخذة له بإقراره بحسب الإمكان.

الثالثة عشرة:

فى الجواهر: قال فى ثوبين فى يد أحد [. . .][٣] وقال: لا أدرى أيهما هو، حلف المقر له [. . .][٤] أن أجودها للمقر له، فإن حلف [. . .][٥]، وإن نكل

---

(١) فى ط: برأتها.
(٢) فى ط: قال.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.

حلفت وكنتما شريكين فى الثوبين، وكذلك إن نكلتما أو حلفتما، إلا أن يقول: لا أعرفه، فيقول المقر له: أنا أعرفه، فيؤمر بتعيينه، فإن عين أدناهما أخذه، أو أجودهما، أخذه بعد الحلف؛ للتهمة فى الجودة.

ولو قال المقر: أدناهما هو ثوبه، حلف، ولم يأخذ؛ لأن الأصل: عدم ملك الزيادة لك، ولو قال: لك علىَّ درهم، أو على فلان [. . .][1] الإقرار اللازم على نفسه، ويحلف.

قال الشيخ أبو محمد: على أصل سحنون: يلزمه دون فلان؛ لأن الكلام الثانى رافع لجملة الأول فيبعد ضده فلو قال: [عشرة العشرة][2].

الرابعة عشرة:

قال القاضى ابن مغيث فى وثائقه: إذا أقررت بمائة درهم [. . .][3] وقال الطالب بل [. . .][4] المقر مع يمينه عند ابن القاسم، وأهل العراق، وكذلك لو قال: أنا أقررت لك فى نومى أو قبل أن أخلق؛ لأن الأصل: براءة ذمته، ولو بحاله يغرم فيها شىء، ويلزمه عند سحنون [. . .][5] وإن قال: أمورى [. . .][6] العقد [. . .][7] فإن علم أن ذلك إجابة: صدق، وإلا فلا؛ لأن الأصل: عدم عروض هذه الحالة بخلاف [. . .][8] وإن أقر سالم - وقد كان مشركًا محاربًا - أنه أخذ ألف درهم فى حرابته، وقال: بل بعد إسلامك: لم يلزمه شىء عند ابن القاسم؛ لما تقدم، ويلزمه عند سحنون؛ لأن الحربى يضمن، ولو أقر المسلم المقر له [. . .][9] من الحربى فى دار الحرب مائة دينار.

وقال الحربى: بل بعد الإسلام صدق المسلم عند ابن القاسم، وصدق الحربى عند سحنون.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.
(٨) بياض فى ط.
(٩) بياض فى ط.

الباب الرابع

فى الإقرار بالنسب

وهو أصل الإقرار.

وفى الجواهر: إن قال [. . .][١] هذا إنه التحق به سالم فكذبه لأجل [. . .][٢] يكون أكفر منه، أو الشرع بأن يكون مشهور النسب ويعرف كل [. . .][٣] والرجل فارسيًا، فلا يلحق به؛ لأن الإقرار إخبار، والخبر الكاذب لا عبرة به، قال [. . .][٤] ولا يكذب حر [. . .][٥] النسب لحق به عند ابن القاسم؛ لأنه [. . .][٦] الضرورة [. . .][٧] الدين [. . .][٨] غيره [. . .][٩] كانت [. . .][١٠] ضرورته؛ لبراءة ذمته من الديون.

وقال سحنون: لا يلحق [. . .][١١] ولا ملك يمين؛ لأن عدم الفراش سبب عدم النسب، كما أن الفراش سببه [. . .][١٢] هنا يلحق به، لا يلتفت لإنكار الولد صغيرًا كان، أو كبيرًا؛ لأن النسب حق الله - تعالى - ليس له إبطاله، والله أعلم به منه فيقدم عليه.

ووافقنا (ش)، وابن حنبل فى الشروط المتقدمة.

ولا يشترط أن يكون الملحق [مسلوب العبارة][١٣] والكبير عندهما فلا بد من موافقته، كما لو أقر له بمال، والفرق: حق الله تعالى فى النسب؛ كما لو أقر له

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) بياض فى ط.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.
(٨) بياض فى ط.
(٩) بياض فى ط.
(١٠) بياض فى ط.
(١١) بياض فى ط.
(١٢) بياض فى ط.
(١٣) كذا فى ط.

بالجزية لا بد من موافقته.

وفى هذا الباب أربعة عشر فرعًا:

الأول:

فى الجواهر: إذا قال فى أولاد أمته: أحدهم ولدى، وهم ثلاثة، ولم يعرف عينه، فالصغير منهم حر وحده؛ لأنه إن كان هو الولد فهو حر، أو الأكبر فقد صارت الأم أم ولد، أولادها بمنزلتها فى الحرية، فالصغير حر، أو الأوسط تعينت الحرية له وللصغير دون الكبير؛ لأنه ابنها قبل أن تصير أم ولد، فهو رقيق.

وقال المغيرة: يعتق الأصغر وثلثا الأوسط وثلث الأكبر؛ لأن الصغير حر على كل تقدير، والأوسط حر فى وجهين، رقيق فى وجه، والأكبر حر على تقدير واحد، عبد على تقديرين.

وقال ابن عبد الحكم: يعتقون كلهم للشك فى السبب المبيح لمنافعهم [فى السبب يصح ترتب][1] السبب، فلو ادعى الصغير وادعت أمهم الأوسط والكبير، فالقول قوله؛ لأنه حق تعلق به فيصدق كالمال.

ولو أقر له الأوسط خاصة، لزمه هو والأصغر إن ادعته الأم منهم؛ [لأنها صارت فراخًا][2] بالأوسط فيلحقه بأمه بعده، إلا أن يدعى الاستبراء فيه، وإن اعترف بالكبير لزمه الجميع إن ادعت الأم الآخرين، إلا أن يدعى الاستبراء فيها، وإلا فلا، والقول قوله، لا يلحق به من لم يلحق به [...][3] ولدهم ولده.

الثانى:

لو ولدت زوجة رجل غلامًا وأمته غلامًا وماتتا، فقال الرجل: أحدهما لى، ولا أعرفه، دعى لهما القافة فمن ألحقوه به لحق به، ويلحق بالآخر الآخر.

الثالث:

لو نزل رجل ضيف على رجل، وله أم ولد حامل، فولدت هى وولدت امرأة الضيف فى ليلة صبيين، ولم يعرف واحد منهما ولده وقد أعيى أحدهما وبقى الآخر - دعى لهما القافة؛ لأنه لا مرجح لأحدهما.

---

(١) بياض فى ط.

(٢) كذا فى ط.

(٣) بياض فى ط.

وقال سحنون فيمن ولدت امرأته جارية وأمته جارية وأشكل عليه ولد الحرة منهما، ومات الرجل ولم يدع عصبة ليستدل بها القافة على ولد الميت ليس فى مثل هذا قافة ولا تكون المواريث بالشك.

وفى كتاب محمد بن ميسر: فى امرأة طرحت بنتها ثم عادت لأخذها فوجدتها وأخرى معها، ولم تعرف بنتها منهما:

قال ابن القاسم: لا تلحق بزوجها واحدة منهما؛ لأنه لا ميراث، ولا نسب بالشك.

وقال سحنون: يدعى لهما القافة؛ لأنه سبب ينقل عن الشك.

وقال عبد الملك، وسحنون: لا تلحق القافة إلا بأب حى، فأما إن مات الأب، فلا يقبل القافة فى ذلك؛ لأنه لا يقبل على نسبه غير الأب، وقد فقد.

الرابع:

قال: إذا أقر عند موته أن فلانة جاريته ولدت منه، وأن بنتها فلانة ابنته، وللأمة ابنتان أخريان، ثم مات ويثبت البينة والورثة اسمها، وأقر بذلك الورثة - فهن كلهن أحرار، ولهن الميراث ميراث واحدة؛ لأنها [. . .]، والبنات تبع لأجل اللبن؛ كاختلاط المذكاة بالميتة، وأخت الرضاع بالأجنبية، فيقتسمنه، ولا يلحق نسب واحدة من البنات، فإن لم يقر الورثة بذلك، ونسيت البينة اسمها، فلا تعتق واحدة منهن؛ لعدم ثبوت السبب بالإقرار والبينة.

الخامس:

فى الجواهر: إذا استلحق ولده، ثم أنكره، ثم مات الولد عن مال:

قال ابن القاسم، يوقف المال، فإن مات المستلحق كان لورثته، وقضى به دينه، فإن قام غرماؤه وهو حى أخذوه فى ديونه.

السادس:

فى الجواهر: إذا تعدى الإقرار المقر، بأن يقر بغير الولد، فيضر الولد، أو بأخوة أو عمومة فهو إقرار على الغير بالنسب، فلا يقبل، ولا يثبت له بذلك نسب إن كان له ولد معروف، فلا يرث هذا منه شيئًا، وإن لم يكن له وارث معروف، ولا مال عند هذا الذى أقر له، فإنه يرثه بذلك الإقرار، سواء كان ذلك فى الصحة أو فى المرض؛ لتعين الإقرار له إلا أن يأتى وارث معروف بالبينة فهو أحق، كمن ادعى

مالًا وشهد به لغيره.

وقال سحنون: لا يرث وإن لم يكن له وارث معروف؛ لأن المسلمين يرثون، فهم كالوارث المعروف.

وسبب الخلاف: هل بيت المال كالوارث المعروف أم لا؟ وهو سبب الخلاف في تنفيذ وصية من لا وارث له إلا بيت المال بجميع ماله.

السابع:

في الجواهر: إذا شهد عدلان بالعتق، ثبت الولاء، أو شهد واحد:

ففي الموازية: لا يثبت ولاء، ويستأني بالمال، فإن لم يأت من يستحقه، حلف هذا، ودفع إليه؛ لأن المال يثبت بالشاهد واليمين.

ومنع أشهب حتى يثبت الولاء بشاهدين؛ لأنه أصل المال، وعدم ثبوت الأصل يمنع الفرع.

ولو شهد عدلان: أنهما لم يزالا يسمعان أن فلانًا يذكر أن فلانًا ابن عمه، أو مولاه:

قال ابن القاسم: هو كشاهد واحد، إن لم يكن للمال طالب غيره أخذه مع يمينه بعد الثاني؛ لرجحان السبب في حقه من غير معارض، وإن لم يكن المال له طالب غيره أثبت من هذا، وهو أولى بالميراث لرجحانه عليه، ولا يثبت للأول ههنا نسبه.

وروى أشهب: أنه يثبت بذلك الولاء؛ لأنه في معنى الاستفاضة والسماع، ولكن يتأنى فلعل أحدًا يأتي بأولى من ذلك.

الثامن:

في الجواهر: إذا أقر الوارث بوارث آخر يشاركه، فإنه يثبت بذلك الإرث دون النسب، ولو أقر ولد بولد آخر، لم يثبت نسبه، وإن لم يكن وارث سواه؛ لأن النسب يتعدى للغير، ويثبت بالإقرار، لكن يقسم المال بينهما على السوية إن كانا من جنس واحد، وعلى التفاضل إن كانا من جنسين، فإن كانا ابنين فأقر أحدهما بثالث، فإن وافق الثاني، اقتسموا المال بينهم أثلاثًا، وإن لم يصدقه أعطاه المقر ما بيده [. . .][1] القسمة على الإنكار [. . .][2] على القسمة على الإقرار؛ لأن إقراره

(١) بياض في ط.
(٢) بياض في ط.

لا يتعداه ضرورة، وإن كان المقر عدلًا أخذ باقى نصيبه من المنكر؛ لأنه [. . .][(١)] شهادة بسبب العدالة تتعدى للغير، فقد يبين المقر له، ولو شهدا جميعًا بالنسب وهما خلاف يثبت النسب ويرث [. . .][(٢)]

ولو ترك ولدًا واحدًا فقال لأحد الشخصين: هذا ابنى، بل هذا الآخر، فللأول نصف ما ورث عن أبيه؛ لأنه مقتضى أول إقراره [. . .][(٣)] واختلف فيما يأخذه الثانى منه.

فقيل: نصف ما بقى فى يده تسوية.

وقيل: له جميعه؛ لأنه أتلفه عليه موروثه.

ولو ترك أمًا وأخًا، فأقرت بأخ آخر، فإنها تعطيه نصف ما بيدها وهو السدس؛ لأنها اعترفت أنها لا تستحق إلا السدس فيأخذه المقر له وحده، وعليه جماعة الأصحاب.

وروى: يقسمه وهو [. . .][(٤)] عن الابنين الأخوين، وقد وقع خلافه فى بعض هذه المسائل، أنا ذاكره إن شاء الله.

قال الطرطوشى: إذا أقر[(٥)] أحد الابنين [. . .][(٦)] وصدقه المقر له لم يثبت النسب [. . .][(٧)] ويختص ما يأخذه بالمقر إلا أن يكون المقر عدلا فيحلف مع شاهده ويأخذ من الآخر حقه، ولا يثبت بذلك نسبه من السيد فإن مات المقر لم يرثه المقر له، بل أخوه الثابت النسب، إلا أن يموت أخوه الثابت النسب.

قال سحنون: فيرثه، لعدم المزاحم.

وإن مات المقر له، ورثه المقر؛ لاعتراف المقر أن الآخر يستحق النصف؛ لقوله: هو أخوه.

وافقنا (ح) فى عدم النسب والمشاركة فيما فى يده [. . .][(٨)] وقال: لا يعطيه

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) بياض فى ط.
(٥) فى ط: أخر.
(٦) بياض فى ط.
(٧) بياض فى ط.
(٨) بياض فى ط.

نصف ما بيده [. . .][١]؛ لأن السدس معه زائد فوجب إقراره فيعطيه خاصة، وقاله ابن حنبل.

وقال (ش): لا يثبت النسب [. . .][٢]؛ لأنه لا يتبعض فى حق المقر دون غيره، فلا جرم لم يثبت إجماعًا، ولا يثبت الإرث؛ لأنه فرعه.

وأصل المسألة: أن موجب الإقرار عندنا الشركة، وعنده النسب.

لنا: أن الميراث متعلق بالتركة فيتعلق إقراره بها، كما إذا أقر بدين على أبيه وجحده الآخر.

ولأنه أقر بأمرين: أحدهما على غيره، والآخر على نفسه، فثبت فيما يتعلق به خاصة وهو المال؛ كما قال: بعت منك هذا العبد بألف وأعتقه، يلزم البيع دون العتق، أو قال لعبده: أعتقك على ألف يلزم العتق، ولا شىء له على العبد، أو قال: هذه أختى، حرم عليه زواجها، ولا يثبت نسبها، ولو قال: بعت هذا الشقص وأنكر المشترى، ثبتت الشفعة دون الشراء، ونظائر ذلك كثيرة من الإقرار المركب فهذا مثله.

احتجوا بالقياس على ما إذا أقر بمعروف النسب، وإذا كذبه المقر له، أو كان أبوه نفاه باللعان والجامع إلى الأصل المقصود لم يثبت، فلا يثبت فرعه، الذى هو الإرث.

وكذا لو قال: تزوجت هذه، وكذبته، لم يثبت الصداق، والمقصود [. . .][٣] هو النسب بخلاف الصور المتقدمة؛ لأنه لو استلحق ابنًا فقد أثبت لنفسه عليه النفقة، والميراث، وكثيرًا من الحقوق، مع أن الإقرار لا يوجب حقًا للمقر بذلك، على أن ما عدا النسب غير المعتبر البينة بل لا يقع إلا فيها، أو يقول: أقر بحق، فإنه حق لا ينفك أحدهما عن الآخر، فإذا لم يثبت أحدهما لا يثبت الآخر فأما إذا قال: بعتك هذه السلعة بألف وأنكر المشترى، فإذا لم يثبت الثمن لا يجب عليه تسليم السلعة.

والجواب عن الأول: أن تلك الصورة لم يثبت النسب فيها على الإطلاق؛ لقيام المعارض، وههنا لا معارض.

---

(١) بياض فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

ولأنه ههنا فرضه قيام البينة، ويرق بالإقرار كسائر الأموال، وقيل: لا يرق؛ لوجود مبطلها.

وأما قولهم: إن النسب هو [العمارة، وما عد المبتع][1] فلا يلزم من ضعف أحد الأمرين [. . .][2] بالإقرار؛ لأن أسباب إثبات الحقوق والبينات سوى الشرع فيها بين عظيم الحقوق وحقيرها، فهذا الفرق ملغى بالإجماع.

عن الثانى: أن أحد هذين قد ينفك عن الآخر، فإن أحد الأخوين قد يرث الآخر من غير عكس، لأجل قتل أو رق، فقد انفك النسب عن الإرث، وسقط الإرث عن السبب فى الزوج والمولى.

قال الطرطوشى: فإذا ترك ابنًا واحدًا لا وارث له غيره، فأقر بأخ، لم يثبت نسبه، ولا يثبت إلا بقول وارثين عدلين، فإن كان جميع الورثة غير عدول، لم يثبت بإقرارهم، ووافقنا (ح) فإنه لا يثبت بالوارث الواحد وإن حاز جميع المال.

وقال: يثبت بوارثين غير عدلين، وبرجلين وامرأتين.

وقال (ش)، وابن حنبل: يثبت النسب والميراث للوارث الواحد إذا حاز جميع المال ذكرًا كان، أو أنثى، وإن كانوا جماعة لا يثبت إلا بإقرار جميعهم، ولا يعتبر الأئمة العدالة.

وأصل المسألة: أن هذا القول شهادة فتشترط العدالة، أو إقرار فلا تعتبر العدالة؛ كما أنه إثبات نسبه على الغير فتشترط العدالة كالأجنبى؛ لأن هذا القول يثبت الحقوق بين الأب والمقر له من النفقة [. . .][3] وسقوط العود فى بعض الصور، أو يقول: إنما يثبت النسب بمجرد الإقرار ممن يملك نفقته كالأب، والوارث لا يملك بقيته فلا يثبت بإقرار، أو رجل يملك استلحاق النسب فلا يثبت بإقراره؛ كالأجنبى.

ولأن قبول شهادتهم على خلاف القياس؛ لأنها شهادة لهم فيها حظ، وإنما قبلت استحسانًا، فالإقرار أولى ألا يقبل.

احتجوا: بما فى الصحاح «أن سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة اختصما إلى النبى ﷺ فى ابن وليدة زمعة، فقال سعد: هو ابن أخى عتبة عهد إلى إذا دَخَلْتُ مكة

(١) كذا فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

أن آخذ ولده منها، وأنه ألم بها فى الجاهلية، وقال عبد بن زمعة: بل أخى وابن وليدة أبى، ولد على فراشه، فقال النبى ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»(١) فقضى ﷺ بقول عبد، [. . .](٢) أن الوارث يقوم مقام الموروث فى ديونه، ودعاويه، وما له، وعليه، فكذلك للنسب.

ولأن ما ثبت بإقرار الاثنين ثبت بالواحد؛ كالميراث، والوصية، والدين، أو هو إقرار يثبت به الإرث فيثبت به النسب كإقرار الجد بابن ابنه.

والجواب عن الحديث من وجوه:

الأول: أنه يحتمل أنه ألحقه به خاصة، وليس فى اللفظ عموم يبطل هذا الاحتمال، ولذلك قال ﷺ - لسودة: «احْتَجِبِى مِنْهُ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِأَخٍ لَكِ»، وهو ظاهر فى عدم إثبات النسب؛ لأنه لو أثبته لكان أخًا لعبد، فيكون أخًا لسودة.

الثانى: أنه قضى له بالملك: لأن قوله: «لَكَ» ظاهر فى الملك، وقد روى: «هو لك عبد»، فصرح بالملك، ولهذا قال لسودة: «احْتَجِبِى مِنْهُ».

الثالث: أنه متروك الظاهر؛ لأنه أثبته بقول واحد، وعندكم: لا يثبت إلا بإقرار جميع الورثة، وسودة من جملة الورثة، ولم يعتبر إقرارها.

الرابع: إنما أثبت النسب بالفراش [. . .](٣) عبد، وقد كان يثبت أنها فراشه بإقرار زمعة أنها فراشه، فيثبت الفراش بقوله والنسب ضمنًا، كما لا يثبت النسب بشهادة النساء، وتثبت الولادة بمشاهدتهن، ويثبت النسب ضمنًا، والمكاتب يقيم شاهدًا واحدًا على أداء نجومه ويحلف معه فيصير حرًا، والحرية لا تثبت بالشاهد واليمين.

فإن قيل: كيف يقضى بالملك وعبد بن زمعة ادعى النسب وأقر بالحرية؟ وقال ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»، والفراش سبب النساء، لا سبب الرق [. . .](٤) مترددة بين الاختصاص والملك، أو هو أخ لك دون غيره فلا يتعين.

وأما قوله فى تلك الرواية: «هو لك عبد»، فعلى حذف حرف النداء، أى:

---

(١) تقدم.

(٢) بياض فى ط.

(٣) بياض فى ط.

(٤) بياض فى ط.

يا عبد.

وقوله: «اخْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ»، على سبيل الاحتياط، لأجل ما رأى من الشبه فإن الحكم يتبع السبب لا الدعاوى.

وقوله – صلى الله عليه وسلم –: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» [هو حكم لا فتيا][١] منه ﷺ بالإجماع، وثبوت حكم الفتيا يتوقف على ثبوت سببها، فلم قلتم: إن سببها، [وحذف الأم ظاهرة][٢] فى الملك فيتعين، لا سيما مع ما ذكرناه من القرائن.

وأما حذف حرف النداء فالأصل: عدم الحذف فيتعين ما ذكرناه، والحجب للاحتياط لا يستقيم؛ لأن السبب إن ثبت فلا احتياط، أو لا: فتتعين الحجبة، وعدم إلحاقها.

والجواب عن الثانى: أن الوارث لو قام مورثه لكان له نفيه أو استلحاقه بعد نفى أبيه له، [وليس فليس][٣]، ولأن الموروث يعترف على نفسه، والوارث على غيره، والاعتراف على الغير: غير مقبول.

عن الثالث: أنه يبطل بما إذا أنكر بعضهم، وبالنصاب فى الشهادات يثبت بأكثر من الواحد دون الواحد.

عن الرابع: أن أشهب قال: يستلحق الأب والجد.

وعن مالك: لا يستلحق الجد فيمتنع على هذا القياس، ثم الفرق: أن الجد يستلحق بنفسه، وههنا بغيره فافترقا.

التاسع:

قال ابن يونس: إذا قال فى صبى: أنه ابنه، فجمهور المدنيين لا يثبت النسب والاستلحاق، إلا أن تكون أم الصبى كانت فى ملكه بنكاح أو ملك، فيكون أصل الحمل فى ملكه، وولد فى يديه، أو بعد خروج الأم من يديه بما يخرج به مثلها إلى ما يلحق به الأنساب، وهو خمس سنين بدونه، أو لم يكن للولد نسب معلوم، فإن فقد من هذه شرط لم يقبل قوله، هذا قول الجماعة، وأحد قولى ابن القاسم، ثم رجع إلى قبول قوله، وإن لم يقبل للأم خبر إذا صدقه الولد، أو هو صغير فى حوزه

---

(١) بياض فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) كذا فى ط.

لا يعرب عن نفسه، إلا أن يتبين كذبه؛ لأن الظاهر صدقه، وحمل تصرف المسلمين على وجوه صحته، وكذبه إما بأنه لا يولد ذلك لمثله، أو له نسب معروف، أو الولد محمول من أرض العدو، أو بلد يعلم أن الأب لم يدخلها قط، وتشهد البينة أن أمه لم تزل زوجة فلان غير هذا، فإن شهدت أنها لم تزل أمة فلان حتى ماتت، لا يمنع؛ لاحتمال زواجها أمة، وإذا أقر بأب وصدقه الأب، فهو الفرع المتقدم؛ لأن بتصديق الأب صار مستلحقًا له.

العاشر:

قال: إذا أقرت بزوج، أو أقر بزوجة وصدق[1] الآخر صاحبه، وهما غريبان طارئان، قبل قولهما المدنيون، ولم يكلفا بينة على عقد النكاح، سدًا لذريعة إباحة الأبضاع بغير سبب شرعي، وإن أقر الرجل أو المعتق بمعتق أعتقه قُبِلَ، وهو الوارث، إلا أن يتبين كذبه بأن يعرف ولاؤه لغيره، أو هو معروف بأصالة الحرية، ومن أقر بولد، أو أب، أو زوج، أو مولى، أو رجل بزوجته، وله وارث معروف، ذو سهم أو عصبة، ورث المعروف مع المقر به، كما لو ثبت بالبينة.

الحادي عشر:

قال: لا يصح عند جميع الناس استلحاق أخ، أو ابن أخ، أو ابن أب، أو جد، أو عم، أو ابن عم؛ لأنه استلحاق بفراش الغير، ألا ترى أن المرأة لما لم يكن لها فراش - لأن الفراش لزوجها - لم يكن لها استلحاق الولد، بخلاف الزوج والمولى والأب والزوجة، فهؤلاء الأربعة هم الذين يجوز الإقرار لهم، كما تقدم، وحيث لا يثبت فمات المقر أو المقر به، والميت وارث يحيط بالمال، فلا شيء للمقر اتفاقًا، وإن فضل شيء عن المعروف فلبيت المال عند المدنيين.

ونقل عن ابن القاسم أن ما فضل للمقر إذا كان عصبة، فإن لم يكن له وارث معروف، فالمال لبيت مال المسلمين إلا ما نقل عن ابن القاسم.

وقال سحنون، وأصبغ: إذا لم يكن له وارث، ورثه المقر، ولا يثبت نسب، فإن أقام بعد ذلك آخر البينة أنه وارث أخذه من المقر.

---

(١) في ط: وصدقه.

وعن سحنون: نحو الأول.

الثانى عشر:

قال: إذا ترك ابنًا فأقر بأخ له، يعطيه نصف جميع المال اتفاقًا، فإن أقر بعد ذلك بأخ آخر:

قال سحنون: ذلك كولدين ثابتى النسب يقر أحدهما بأخ ثالث لهم، يدفع له ثلث ما فى يديه، وكذلك إذا أقر برابع أو خامس، يدفع له الذى يستقبل بعد إقراره [وعيتك][(١)] ما زعم أنه له.

قال سحنون: وهو معنى قول ابن المغيرة؛ لأن السابق بالإقرار صار كالمتصل بالبينة.

وقال أشهب: لا ينظر فى هذا إلى ما يجب للمقر، بل إلى ما يجب للمقر به؛ لأن جميع المال كان فى يد المقر، وكان قادرًا على أن يقر له به جميعًا، ولا يتلف على المقر به ثانيًا شىء مما يجب، فإذا أقر ثالثًا فقد أقر أن الذى يجب للثالث ثلث جميع المال، فيدفع ذلك إليه ويبقى فى يده السدس، فإن أقر برابع أعطاه من عنده ربع جميع المال، فيعطيه السدس الذى بيده، ويغرم له من ماله تمام ربع جميع المال، وهو أضعف سدس، وكذلك إن أقر بخامس، غرم له من ماله مثل خمس جميع المال، ثم على هذا، وسواء كان غرم الأول ما يجب له قبل إقراره بالثانى إن لم يغرم شيئًا غرم للأول، نقص، أم لا، أقر بالأول عامًا بالثانى، أم لا؛ لأن جميع المال كان فى يده، فقد أتلف على المقر به الآخر حقه عمدًا، أو خطأ، وهما موجبان للضمان.

فإن أقر بثالث وأنكر الأول والثانى:

فعلى مذهب سحنون: يقاسم الثالث ما بقى فى يده نصفين.

وعلى مذهب أشهب: يدفع للثالث مثل نصف جميع المال.

الثالث عشر:

قال: إذا أقر بأخ له فقال المقر به: صدق، ولكنى الوارث وحدى، يصدق المقر عند أهل العراق ويعطيه نصف ما بيده؛ لأنه أصله فيقام عليه.

---

(١) كذا فى ط.

وقال ابن نافع: للمقر به جميع ما بيده لأنهما قد اجتمعا على أن المقر به وارث، واختلف فى ميراث المقر، فالجميع عليه أولى.

قال ابن بكر - منا -: ويحتمل عنده أن [للمقر ربع المال والباقى للمقر][1]؛ لأنها مسألة نزاع فى النصف.

وأما النصف الآخر فقد سلمه المقر للمقر به فيقسم المتنازع فيه بعد [. . .][2]

وأما لو كان المقر ثابت النسب، فلا يكون للمقر به إلا نصف المال اتفاقًا.

ولو قال: فلانة بنت زوجتى ورثتها، وأنت أخوها ترثها معى، فقال المقر به: أنا أخوها لكن لست أنت زوجها، أو قال: امرأة ذلك فى بنت: إنه زوجها، وإن فلانًا أخوه، وجحدها الأخ، فالمال للأخ فى قول أهل العراق.

وعند زفر: لا يرث الزوج، ولا الزوجة شيئًا، ولا يصدقان فى النكاح إلا ببينة إلا أن يصدقهما الوارث، والولاء كالزوجة فى ذلك، وليس هذا كالإقرار فى الأنساب.

وقال الحسن بن خليفة: حكم الزوج والزوجة وغيرهما فى الإقرار سواء، يأخذ الزوج والزوجة ميراثهما، والفاضل للمقر به؛ لأن قول القائل: أقبل قول زيد فى النكاح دون النسب، كقوله: أقبله فى النسب دون النكاح.

قال ابن بكر: وعلى طريق التداعى: للزوج الربع، وللزوجة الثمن، والباقى للمقر به.

الرابع عشر:

قال: إذا أقر أحد الابنين بثالث، ثم أقر الثالث برابع، فعلى قول ابن أبى زيد: يدفع الابن المعروف إلى الذى أقر به ثلث ما فى يديه، وهو سدس المال، [وهو قول][3] أهل المدينة، ثم يعطى الثالث الرابع ربع ما فى يديه، وهو ثمن ما فى يديهما؛ لأن الرابع يقول للثالث: لما أقررت لى زعمت أن الواجب لى ربع جميع المال فى يد المعروفين، فى يد كل واحد منهما ثمن المال، فقد أخذت أنت من الذى أقر لك سدس المال، وأنا أدفعه على إقرارك ثمن المال، ومعك فضل عن حقك، وهو ثلث ثمن المال، فيصح من أربعة وعشرين، فى يد المنكر اثنا عشر،

---

(١) كذا فى ط.
(٢) بياض فى ط.
(٣) فى ط: وقول.

وفى يد المقر ثمانية، وفى يد الثالث ثلاثة، وفى يد الرابع واحد.

وفى قول: يعطى المقر المعروف الذى أقر به - وهو الثالث - نصف ما فى يديه، وهو ربع المال، ثم يعطى هذا الثالث للرابع نصف ما فى يديه، وهو ثمن المال يصح من ثمانية، فى يد المنكر أربعة، وفى يد الثالث ثلاثة، وفى يد الرابع واحد.

* * *

فهرس محتويات

الجزء السابع

مـــن

الـذخـيــرة



فهرس المحتويات

* * *





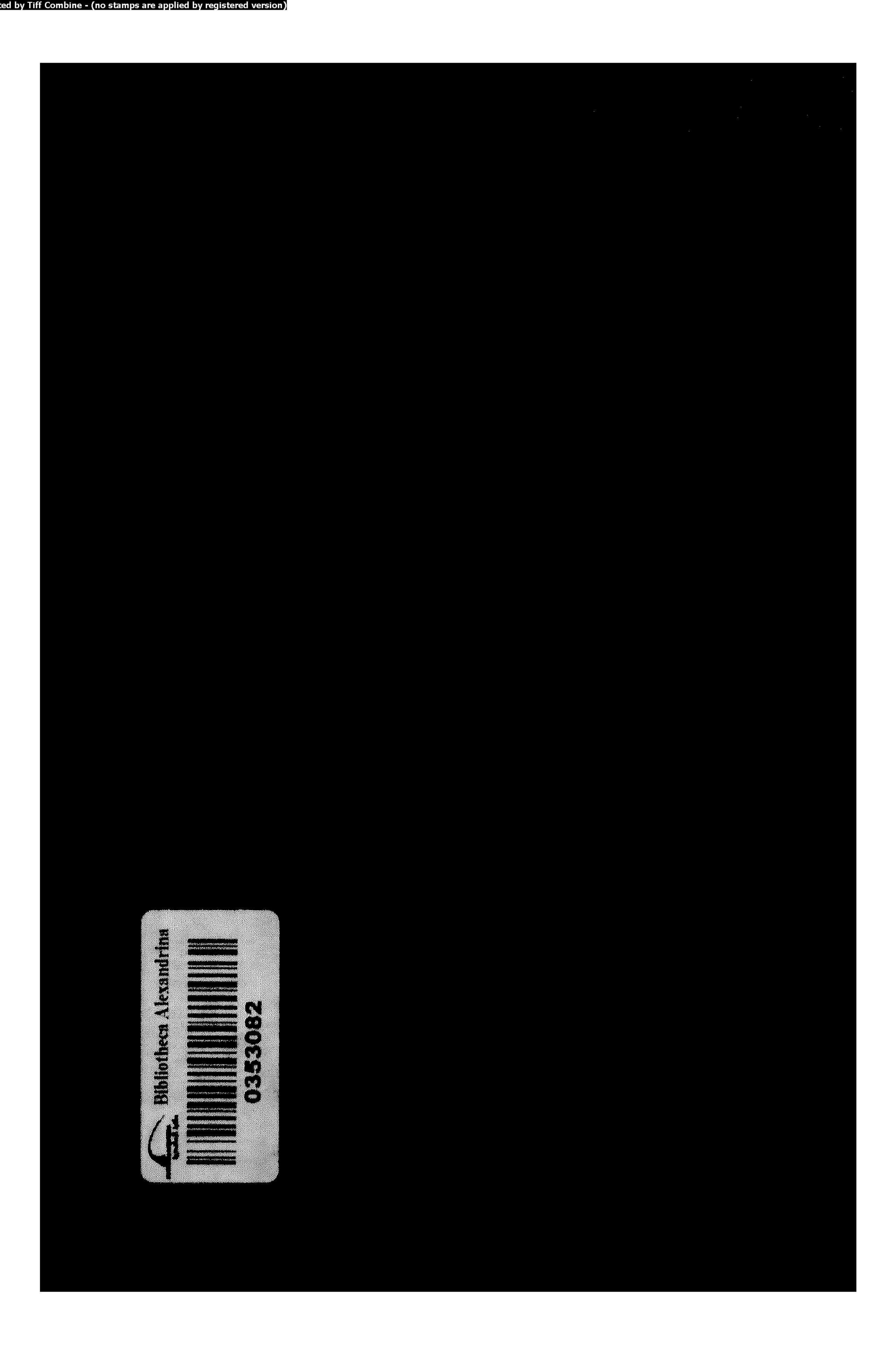





Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)




Bibliotheca Alexandrina
03533082